Die

Eigentümerhypothek

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuch.

Einer hohen juristischen Fakultät der Universität Tübingen zum Zweck der Erlangung der juristischen Doktorwürde vorgelegt

von

Bruno Lange

Gerichtsassessor in Braunschweig.

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

Braunschweig
Buchdruckerei Friedrich Bosse
1901.

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung: Früheres Recht 1

I. Römisches Recht 1

II. Preussisches Recht 7

B. Das Bürgerliche Gesetzbuch 15

I. Die juristische Natur der Eigentümerhypothek 17

II. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek 37

1. Entstehung der Hypothek unmittelbar in der Hand des Eigentümers 40

2. Entstehung der Hypothek in der Hand eines Gläubigers und späterer Übergang auf den Eigentümer 44

a. Infolge Erlöschens der Forderung 44

b. Infolge Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek 53

c. Die Fälle der §§ 868, 932 der Civilprozessordnung . 56

C. Schluss: Einige in der Litteratur über die Eigentümerhypothek vertretene Ansichten 59

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547024_0002

A. Einleitung: Früheres Recht.

I. Römisches Recht.

Es ist eine nicht unbedeutende Streitfrage des Gemeinen Rechts, ob bereits in den römischen Quellen ein Pfandrecht an eigener Sache anerkannt ist oder nicht.

In der That scheint ein Pfandrecht an eigener Sache ein Unding zu sein; denn ein Pfandrecht ist das zur Sicherung einer Forderung dienende dingliche Recht an einer Sache, welches den Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen zu deren Verkauf behufs seiner Befriedigung ermächtigt. Dass eine eigene Sache des Gläubigers diesen Zweck nicht erfüllen kann, bedarf keiner weiteren Begründung. Deshalb ist auch in den Quellen als Fundamentalsatz ausgesprochen, dass ein Pfandrecht an eigener Sache nicht möglich ist.

l. 45 D. de R. J. 50, 17: Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest.

Dennoch gilt dieser Satz nicht ausnahmslos, vielmehr scheint in verschiedenen Quellenstellen ein Pfandrecht an eigener Sache anerkannt zu sein. Freilich — und darin herrscht ziemliche Uebereinstimmung in der Litteratur — hat das Pfandrecht an eigener Sache in den Fällen, wo ein solches anerkannt ist, nicht die gesammten Wirkungen des Pfandrechts, sondern soll lediglich dazu dienen, den Eigentümer vor Unbilligkeiten zu schützen, die entstehen würden, wenn man ihm das Pfandrecht abspräche. So fehlt ihm namentlich die im römischen Recht dem vorgehenden Pfandgläubiger zustehende Verkaufsbefugnis.

Denn, würde man ihm diese zugestehen, so könnte er durch den Verkauf alle ihm nachstehenden dinglichen Rechte zum Erlöschen bringen. Die nachstehenden Hypothekengläubiger hätten zwar das Recht auf die *hyperocha*. Wie aber, wenn der Eigentümer gerade so teuer und so billig verkaufte, dass nur seine eigene Hypotkek gedeckt wäre! Nachstehende Servitutberechtigte vollends würden völlig ihres Rechtes verlustig gehen. Freilich haben die nachstehenden dinglich Berechtigten auch in den Fällen des Eigentümerpfandrechts das *jus offerendi*, d. h. sie können den vorgehenden Pfandgläubiger abfinden und mit der Abfindungssumme an seine Stelle treten, wenn er mit dem Verkauf drohen sollte; dennoch aber scheint es weit über den Zweck, den die Anerkennung eines Pfandrechts an eigener Sache haben sollte, nämlich den Eigentümer vor Unbilden den Nachhypothekaren gegenüber zu schützen, hinauszugehen, wenn man ihm die Verkaufsbefugnis zusprechen wollte. Beim Schweigen der Quellen über diesen Punkt scheint eine Berücksichtigung des Zweckes des Eigentümerpfandrechts bei der Entscheidung gerechtfertigt. Anderer Ansicht sind Kuhlmann, die Hypothek des Eigentümers S. 35 ff., Hartmann, Rechte an eigener Sache, Untersuchungen über die Lehre vom Eigentumsrecht S. 56, 57.

Ein Pfandrecht an eigener Sache ist nun zunächst in *l 30, § 1, D. de exept. rei jud. 44, 2* anerkannt.

Auf den Inhalt dieser Quellenstelle näher einzugehen, liegt ausserhalb des Zweckes der Arbeit. Zu vergleichen sind:

Buchka, Die Hypothek des Eigentümers § 3.

Dernburg, Pandekten I, § 292, Zff., 3.

Dernburg, Pfandrecht II, S. 571 ff.

Windscheid, Pandekten I, § 248, Zff., 4.

Wieszner, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach Römischem Recht, Breslau 1893, S. 4 ff.

Kuhlmann, Die Hypothek des Eigentümers, Leipzig 1881, S. 43 ff.

Die Quellenstelle spricht aus, dass ein Pfandrecht an der eigenen Sache ensteht, wenn der vorgehende Pfandgläubiger das Eigentum an der verpfändeten Sache erwirbt, ohne dass

seine Forderung zugleich befriedigt wird, was beispielsweise regelmässig eintreten wird, wenn dem Pfandgläubiger vom Eigentümer das Pfandobjekt vermacht oder geschenkt wird.

Die *ratio* dieses Satzes ist ohne weiteres klar; würde der das Eigentum an der Pfandsache erwerbende Gläubiger sein Pfandrecht verlieren, so würden die Nachhypothekare ohne jeden materiellen Rechtsgrund aufrücken, ja eventuell zum Verkauf des Pfandobjektes schreiten können. Um den vorgehenden Pfandgläubiger, welcher das Eigentum an der Pfandsache erwirbt, gegen diese ungerechtfertigten Nachteile den Nachhypothekaren gegenüber zu schützen, liess man das Pfandrecht des vorgehenden Pfandgläubigers trotz Konfusion mit dem Eigentum bei Bestand und konstruierte ein Pfandrecht an eigener Sache.

Kurz zu erwähnen dürfte die Ansicht Dernburg's sein, welcher zwar im Resultat übereinstimmt, ein Pfandrecht an eigener Sache aber nicht anerkennen will, vielmehr annimmt, dass sich durch die Vereinigung die im Pfandrecht liegenden Befugnisse mit dem Eigentum verbunden hätten, dass der Eigentümer nicht kraft seines ihm erhalten gebliebenen Pfandrechts, sondern kraft seines pfandrechtlich verstärkten Eigentums die Nachhypothekare abwehren könne. Er begründet seine Ansicht damit, dass man nicht von einer Fortdauer eines Rechts reden könne, wenn die Hauptwirkungen desselben, z. B. das Verkaufsrecht verschwunden und nur sekundäre übrig seien, wenn der Zweck, der dem Institut seinen Charakter aufpräge, nicht mehr realisierbar und das Recht ganz anderen Zwecken zu dienen bestimmt sei. Gegen diese Construktion Dernburg's besonders Kuhlmann a. a. O. S. 71.

Einen weiteren Beleg für das Pfandrecht an eigener Sache bildet die *c. 1. C. si quis antiq. cred. 8, 19.* Jedoch unterscheidet sich der hier erörterte Fall von dem in der zuvor erwähnten Quellenstelle behandelten dadurch, dass hier der Grund, weshalb in dem zuvor erwähnten Falle das Pfandrecht aufrecht erhalten wurde, nämlich weil eine Befriedigung des Pfandgläubigers wegen seiner Forderung trotz der Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum nicht eingetreten sei, nicht vorhan-

den ist. In dieser Quellenstelle ist also statuiert, dass, auch wenn bei der Vereinigung eine Befriedigung des Gläubigers stattgefunden habe, die Forderung also untergangen sei, trotzdem das Pfandrecht in der Hand des Eigentümers sich erhalte.

So ganz richtig Wieszner a. a. O. § 7. Wenn er jedoch am Schlusse dieses Paragraphen behauptet, dass nur eine scheinbare Befriedigung des Gläubigers stattgefunden habe, weil ihm jeden Augenblick von den Nachhypothekaren die Sache weggenommen werden könnte, dass also der Grund, der in der zuvor erwähnten Quellenstelle für das Bestehenbleiben des Pfandrechts angeführt sei, auch hier vorhanden sei, so ist dieses doch wohl nicht richtig. Denn, wenn der Gläubiger bei der Vereinigung auf irgend welche Weise für seine Forderung befriedigt ist — in gegenwärtigem Falle ist angenommen, dass ihm das Pfandobjekt zur Befriedigung wegen seiner Forderung an Zahlungs Statt gegeben wird oder dass er das Pfandobjekt kauft und den Kaufpreis gegen seine Forderung aufrechnet —, so kann er sich gar nicht beklagen, wenn die Nachhypothekare im Fall, dass er sie nicht befriedigt, das Pfandobjekt verkaufen. Denn, nachdem seine Forderung, zu deren Sicherheit ihm das Pfandobjekt verpfändet war, durch Befriedigung untergegangen ist, steht er jedem andern Verpfänder gleich. Befriedigt er die Nachhypothekare nicht, so muss er sich eben den Verkauf des Pfandobjekts gefallen lassen. Die Erscheinung des Pfandrechts an eigener Sache also auf den Fall beschränken zu wollen, dass eine Befriedigung des Gläubigers nicht stattgefunden habe und dass ihm deshalb das Pfandrecht erhalten bleibe, erscheint demnach nicht angängig. Es ist vielmehr nur die nackte Thatsache zu konstatieren, dass im Fall der *c. 1. C. si quis antiq. cred. 8, 19* ein Pfandrecht an eigener Sache auch dann anerkannt ist, wenn der Pfandgläubiger bei der Vereinigung Befriedigung für seine Forderung erhalten hat. Dernburg, Pfandrecht II, S. 573 b, will in diesem Fall das Pfandrecht erlöschen lassen, weil er an der streng akzessorischen Natur desselben festhält, sucht jedoch dasselbe Resultat dadurch zu erreichen, dass er gegen den Nachhypothekar, welcher etwa im Besitze der Pfandsache ist, die

rei vindicatio für ausreichend erklärt und eine etwaige Einrede aus der Nachhypothek mit einer *replicatio* schlagen will. Dass diese *replicatio* des Eigentümers sich nur auf sein besseres Pfandrecht stützen kann, hebt Wieszner a. a. O. S. 22 ganz zutreffend hervor. Ebenso kommt Buchka, um die akzessorische Natur der Hypothek zu retten, zu einer recht gekünstelten Auslegung der Stelle. Die verschiedenen Ansichten über diese Quellenstelle finden sich bei Wieszner a. a. O. §§ 8 bis 10 zusammengestellt.

Eine Untersuchung darüber, ob auch die *l. 59 pr. D. ad S. C. Treb. 36, 1* zum Beweise des Pfandrechts an eigener Sache geeignet sei, geht über den Zweck dieser Darstellung hinaus.

Vergleiche Wieszner a. a. O., §§ 11 bis 14.

Windscheid, Pandekten I, § 249, Note 5 und 6, zählt diese Quellenstelle zu den Fällen, wo trotz Untergangs der ursprünglichen Forderung aus Gründen der Billigkeit, nämlich weil er keine Befriedigung erhalten habe, dem Gläubiger das Pfandrecht erhalten sei und *propter pignus* eine *naturalis obligatio* zurückgeblieben sei.

Ist in Vorstehendem dargelegt, dass ein Pfandrecht an eigener Sache entsteht, wenn ein vorgehender Pfandgläubiger das Eigentum an dem Pfandobjekt erwirbt, so folgt daraus, dass auch ein Pfandrecht an eigener Sache entstehen muss, wenn umgekehrt der Eigentümer des Pfandobjekts ein an demselben bestehendes vorgehendes Pfandrecht erwirbt. Denn es macht keinen Unterschied, ob derjenige, in dessen Hand sich Eigentum und Pfandrecht vereinigen, zuerst Pfandgläubiger oder Eigentümer war, da sowohl Eigentum wie Pfandrecht durch den Uebergang inhaltlich keinerlei Veränderung erfahren. In den Quellen findet sich dieser Fall in *l. 19 D. qui pot. 20, 4* anerkannt. Bemerkt mag werden, dass ein Erwerb des Pfandrechts römischrechtlich nur im Wege der Cession vor sich gehen kann.

Vergleiche Wieszner, a. a. O. § 15.

Buchka, a. a. O. S. 8.

Windscheid, Pandekten I, § 248, Note 27, b.

Einen dritten Fall, wo ein Pfandrecht an eigener Sache entsteht, bezeugen folgende Quellenstellen:

l. 17 D. qui pot. 20, 4; l. 3 § 1 D. de distr. 20, 5; c. 3 C. de his qui in 8, 18.

Aus diesen Stellen ergiebt sich, dass, wenn jemand vom Pfandschuldner das mehrfach verpfändete Pfandobjekt kauft unter der Bedingung, dass der verkaufende Pfandschuldner mit dem Kaufpreise einen vorgehenden Gläubiger abfinde, der Käufer an die Stelle des abgefundenen Gläubigers tritt; mithin entsteht ein Pfandrecht an eigener Sache. Die nachstehenden Pfandgläubiger haben dem Eigentümer gegenüber nur das *jus offerendi.* Im Gegensatz zum vorigen Fall wird hier das Pfandrecht kraft Gesetzes erworben. Jedoch ist diese Auslegung nicht ohne Widerspruch geblieben; Dernburg will auch hier kein Pfandrecht an der eigenen Sache anerkennen, sondern er operiert mit dem pfandrechtlich verstärkten Eigentum, Pfandrecht II, S. 514 ff. Gegen Dernburg u. E. zutreffend Kuhlmann a. a. O. S. 72 ff., Wieszner a. a. O. § 18.

Buchka endlich will dem Eigentümer nur eine Retentionseinrede aus dem Gesichtspunkt der nützlichen Verwendung zugestehen, weil durch die von ihm bewirkte Abfindung des vorgehenden Pfandgläubigers der Wert des Pfandobjekts um die Abfindungsumme erhöht sei. Ueber die verschiedenen Ansichten ist zu vergleichen Wieszner a. a. O. § 17 bis 20.

Verfasser trägt kein Bedenken, auf Grund obiger Quellenstellen, auf die näher einzugehen zu weit führen würde, auch hier ein Pfandrecht an eigener Sache anzunehmen, sodass, um die bisherigen Ausführungen, die nur den Zweck haben sollten, nachzuweisen, dass sich der Gedanke des Pfandrechts an eigener Sache bereits im römischen Recht findet, nochmals kurz zu rekapitulieren, im römischen Recht drei Fälle des Pfandrechts an eigener Sache zu verzeichnen sind, nämlich:

1. Wenn der vorgehende Pfandgläubiger das Eigentum an der Pfandsache erwirbt.
2. Wenn der Eigentümer der Pfandsache ein vorgehendes Pfandrecht erwirbt.

3. Wenn ein Dritter Eigentum und Pfandrecht zugleich durch Kauf der Pfandsache unter Abfindung eines vorgehenden Pfandgläubigers erwirbt.

In letzterem Fall liegt offenbar ein weiterer Fall des Pfandrechts an eigener Sache verborgen, nämlich der Fall, dass der Eigentümer nicht nur wie im Fall 2 dann ein Pfandrecht an eigener Sache erwirbt, wenn ihm dasselbe abgetreten wird, sondern dass er kraft Gesetzes ein Pfandrecht an der eigenen Sache erwirbt, wenn er den Gläubiger befriedigt. Denn es kann keinen Unterschied machen, ob der Gläubiger bei der Uebereignung des Pfandobjekts aus den Mitteln des Kaufpreises abgefunden wird oder ob er durch den Käufer abgefunden wird, nachdem dieser Eigentümer der Pfandsache geworden ist. Der Grund ist beide Mal derselbe, nämlich dass die Nachhypothekare nicht ohne materiellen Grund aufrücken sollen, sondern der an die Stelle des abgefundenen Vorhypothekars treten soll, aus dessen Mitteln die Befriedigung desselben erfolgt ist. Die Römer freilich haben diese Konsequenz noch nicht gezogen.

Die weitere Entwicklung der Eigentümerhypothek soll an der Hand des preussischen Rechts, welches sowohl für die meisten anderen norddeutschen Staaten als auch für das bürgerliche Gesetzbuch massgebend gewesen ist, kurz dargestellt werden.

II. Preussisches Recht.

Das Allgemeine Landrecht kannte keine Bestimmung über die Eigentümerhypothek; erst durch den Anhangsparagraphen 52 zu § 484, I, 16 des Allgemeinen Landrechts wurde dieselbe eingeführt. Hier war bestimmt, dass Hypothekenrechte nicht durch die blosse Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben werden, solange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt sei und dass der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an

einen Andern abtreten könne. Da zweifelhaft geworden war, ob diese Bestimmung auch auf den Fall anwendbar sei, dass der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek bezahlte, erging unterm 3. April 1824 zu diesem Anhangsparagaphen eine Deklaration dahin lautend, dass der Eigentümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt und die Forderung im Hypothekenbuch nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek geniessen solle, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Cession oder nur eine Quittung erteilt worden sei, indem für diesen Fall die blosse Quittung so ausgelegt werden solle, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten sei.

Giebt der Anhangsparagraph 52 im Wesentlichen nur die oben unter Fall 1 und 2 dargestellten Vorschriften des römischen Rechts wieder, so zieht die Deklaration die Konsequenz aus der oben als Fall 3 behandelten römischrechtlichen Bestimmung.

Auch die Bestimmungen des preussischen Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 über die Eigentümerhypothek haben obige landrechtlichen Vorschriften zur Grundlage. Die Motive zu diesem Gesetz heben ausdrücklich hervor, dass die §§ 63 bis 67 des Gesetzes eine systematische Kodifikation der Rechte des Eigentümers an der ungelöscht gebliebenen Hypothek, wie sie im preussischen Recht durch den Anhangsparagraphen 52 und die Deklaration vom 3. April 1824 bereits eingeführt seien, enthielten.

Die §§ 63 bis 66 dieses Gesetzes lauten:

§ 63. Wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigentümer bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist, so ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigentumers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen, oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten.

§ 64. Der eingetragene Eigentümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post

auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen.

§ 65. Ein gleiches Recht hat der eingetragene Eigentümer, welcher die Hypothek oder Grundschuld von Todeswegen erworben hat, auf Grund des Testaments, des Erbvertrages oder der Erbbescheinigung.

Hat derselbe die Post als Vermächtnisnehmer erworben, so bedarf es zur Umschreibung der Einwilligung des Erben oder seiner rechtskräftigen Verurteilung zu derselben.

§ 66. Erwirbt der Gläubiger das verpfändete Grundstück, so kann er die Hypothek oder Grundschuld auf seinem Namen stehen lassen oder über sie verfügen.

Der § 63 l. c. schreibt also vor, dass der Eigentümer, welcher eine auf seinem Grundstück lastende Hypothek bezahlt oder auf andere Weise tilgt, dieselbe kraft Gesetzes erwerben soll. Zwar ist ausgesprochen, dass er auf Grund der Zahlung oder sonstigen Tilgung nur Quittung oder Löschungsbewilligung oder Abtretung der Hypothek verlangen kann und zwar bei der allgemeinen Ausdrucksweise des Gesetzes sowohl Abtretung an sich als auch an einen Dritten, aber in § 64 l. c. ist bestimmt, dass der Eigentümer, wenn er eingetragen ist, ohne Mitwirkung des Gläubigers auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben lassen oder über sie verfügen kann. Die Quittung oder Löschungsbewilligung dient daher nur zu seiner Legitimation, erworben wird ihm die Hypothek kraft Gesetzes durch die Zahlung oder anderweite Tilgung. Zu vergleichen sind die bei Turnau, Preussische Grundbuchordnung, 5. Auflage 1892, Seite 528 unten aufgeführten Entscheidungen.

Die Umschreibung stellt sich daher nur als eine Berichtigung des Grundbuchs dar. Selbstverständlich aber schützt jeden Dritten, der die Hypothek in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs in der Zwischenzeit vom alten Gläubiger erwirbt, der öffentliche Glaube des Grundbuchs.

Voraussetzung für den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer ist, dass dieselbe rechtsgültig war, also einmal

auf Grund einer gültigen Eintragungsbewilligung eingetragen war, andererseits, da das preussische Recht an dem akzessorischen Charakter der Hypothek streng festgehalten hat, dass dieselbe mit einer rechtsgültigen Forderung verbunden war. Bei Tilgung der Hypothek durch Aufgebot erlangt der Eigentümer nicht das Verfügungsrecht über dieselbe, da nach den §§ 103 bis 107 der preussischen Grundbuchordnung das Aufgebot der Post nur zum Zweck der Löschung erfolgen kann, der Eigentümer auch die in § 64 des Eigentumserwerbsgesetzes verlangten Nachweise nicht beizubringen vermöchte. Ferner ist für den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer notwendig, dass der Eigentümer selbst oder ein Dritter für ihn die Hypothek bezahlt oder anderweitig getilgt hat. Gleichgültig ist, ob die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer freiwillig oder im Wege der Exekution — selbstverständlich nur im Wege der Mobiliarexekution, denn für die Immobiliarexekution normieren lediglich die Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes — erfolgt ist. Bezahlt oder tilgt der Eigentümer nur einen Teil der Hypothek, so erwirbt er sie naturgemäss auch nur zu diesem Teil. Nach den Entscheidungen des preussischen Obertribunals und des Reichsgerichts stehen beide Hypotheken zu gleichem Rang, wenn sich der Gläubiger bei der Quittungserteilung nicht den Vorrang vorbehalten hat. Jedoch ist diese Ansicht nicht widerspruchslos geblieben.

Vergleiche Turnau, a. a. O., S. 532.

Haften für die Hypothek mehrere Grundstücke und gehören dieselben verschiedenen Eigentümern, so tritt derjenige Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedigt, in die gesammten Rechte des Gläubigers ein gemäss § 63 des Eigentumserwerbsgesetzes. Nicht etwa ist in diesem Falle § 42 Absatz 2 l. c. anwendbar, denn dieser Paragraph findet nach den Entscheidungen des Reichsgerichts — vergl. Turnau a. a. O., S. 408 oben — und wie sich auch aus seinem Wortlaut zur Genüge ergiebt, nur Anwendung, wenn die Befriedigung im Wege der Immobiliarzwangsvollstreckung erfolgt ist. Der zahlende Eigentümer erwirbt daher die Hypothek als Gesammt-

hypothek, vergl. Dernburg, preussisches Privatrecht I, § 338, Nr. 3. Er kann darüber beliebig verfügen, sie beispielsweise auf einem oder mehreren der verhafteten Grundstücke löschen lassen. Jedoch ist zu beachten, dass nur eine Forderung besteht; der Eigentümer kann daher die Gesammthypothek nicht in mehrere selbständige Einzelhypotheken, indem er etwa die Hypothek an dem einen Grundstück weitergeben, an dem anderen behalten wollte, zerlegen. Befriedigen die mehreren Eigentümer der verhafteten Grundstücke den Gläubiger gemeinschaftlich, so erwirbt jeder, wenn aus der Quittung der Anteil jedes Einzelnen an der Zahlung ersichtlich ist, eine Gesammthypothek an allen Grundstücken in Höhe dieses Anteils und zwar stehen die sämmtlichen Gesammthypotheken mangels abweichender Vereinbarung zu gleichem Recht; anderenfalls erwerben sämmtliche zahlenden Eigentümer die Gesammthypothek gemeinschaftlich. Haftet ein im Miteigentum Mehrerer stehendes Grundstück für eine Hypothek, so entsteht keine Gesammthypothek, befriedigt einer der Miteigentümer den Gläubiger, so kann er nur die in § 63 l. c. vorgesehenen Rechte und zwar gemeinschaftlich mit seinem Miteigentümer ausüben.

Durch Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek, d. h. auf die Pfandsicherung unter Zurückbehaltung der Forderung, wird dem Eigentümer keine Eigentümerhypothek erworben, denn hierdurch wird, wie § 63 verlangt, die Hypothek weder bezahlt noch anderweitig getilgt. Verzichtet der Gläubiger bei einer Gesammthypothek auf die Hypothek an einem der verhafteten Grundstücke, so geht die Hypothek an diesem Grundstück unter. Dieses folgt schon daraus, dass eine nach Obigem unzulässige Vervielfältigung der Hypothek entstehen würde, wenn der Eigentümer dieses Grundstücks die Hypothek erwürbe. Da aber in der Praxis häufig ein Verzicht auf die Pfandsicherheit in Form einer Löschungsbewilligung gegeben werden dürfte, so ist dem Grundbuchrichter jede Kontrolle darüber entzogen, ob wirklich eine Tilgung der Hypothek stattgefunden hat oder ob nur ein Verzicht auf die Pfandsicherheit vorliegt.

Wie derjenige, welcher den Gläubiger befriedigt, ehe er Eigentümer des belasteten Grundstücks war, keine Eigentümerhypothek erwirbt, da diese nur dem als Eigentümer Zahlenden zusteht (anderer Ansicht Dernburg, Preussisch. Privatrecht I, § 338 Note 6), so behält andererseits derjenige, welcher als Eigentümer den Gläubiger befriedigt hat, den Anspruch auf Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen bezw. auf Verfügung über dieselbe, auch nachdem er das Grundstück veräussert hat.

Während der Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Hand ruht der Zinsanspruch, ferner kann der Eigentümer das Grundstück nicht selbst zur Subhastation bringen. Wird jedoch von anderer Seite das Grundstück zur Subhastation gebracht, so kann der Eigentümer in dem Verfahren seine Hypothek für sich liquidieren.

Da der Eigentümer eine Eigentümerhypothek nur erwerben kann, wenn er die durch die Hypothek versicherte Forderung bezahlt oder auf andere Weise tilgt, so erscheint die Kautionshypothek zur Umwandlung in eine Eigentümerhypothek ungeeignet, da dieselbe keine fest begrenzte bereits existente Forderung versichert, sondern nur den Höchstbetrag für eine künftige mögliche Forderung, die sie versichern will, angiebt. Demgemäss schliesst § 67 l. c. die Vorschriften der §§ 63 bis 66 l. c. für die Kautionshypothek aus.

Die für die Hypothek entwickelten Regeln gelten gleichermassen für die Grundschuld, d. h. für die abstrakte dingliche Belastung des Grundstücks mit einer Summenschuld mit der Erweiterung, dass eine Grundschuld nach § 27 l. c. auch gleich von vorn herein auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden kann.

Die weiteren Fälle der Eigentümerhypothek bieten keinerlei Schwierigkeiten.

Abgesehen von dem Fall des § 63 l. c., wo die Eigentümerhypothek kraft Gesetzes entsteht, kann sie natürlich auch dadurch entstehen, dass der Gläubiger die Hypothek dem Eigentümer cediert, wobei die *causa cessionis* vollkommen gleichgültig ist. Den Erwerb von Todeswegen regelt § 65 l. c. Da

der Erbe, sei er gesetzlicher, testamentarischer oder vertraglicher in alle Rechte des Erblassers eintritt, hat er mit dem Erbfall die Hypothek erworben, er kann also sofort über dieselbe verfügen. Lässt er sie auf seinen Namen umschreiben, so bedeutet dieses nur eine Berichtigung des Grundbuchs. Die Erbbescheinigung, das Testament, der Erbvertrag dient nur zu seiner Legitimation.

§ 65, Absatz 2 entspricht den besonderen Vorschriften des Vermächtnisrechts über das *interdictum quod legatorum.*

Den umgekehrten Fall, dass auch eine Eigentümerhypothek entsteht, wenn der Gläubiger das Eigentum an dem verpfändeten Grundstück erwirbt, regelt § 66.

Gleichgültig ist, auf welche Weise das Eigentum erworben wird, ob unter Lebenden oder von Todeswegen, und in ersterem Fall, ob durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Zwangsversteigerung.

Die juristische Konstruktion der Eigentümerhypothek hat viel Schwierigkeiten gemacht, denn offenbar verstösst sie gegen alte anerkannte Rechtsgrundsätze. Wenn beispielsweise der Eigentümer, welcher zugleich persönlicher Schuldner ist, die Forderung bezahlt, so muss, da durch Erfüllung die Obligation getilgt wird, dieselbe erlöschen. Zugleich mit der Forderung müsste infolge der akzessorischen Natur des Pfandrechts, woran im preussischen Recht durchaus festgehalten ist, auch die Hypothek erlöschen. Da nun aber kraft gesetzlicher Vorschrift die Hypothek nicht erlöschen, sondern auf den zahlenden Eigentümer übergehen soll, so musste man, um diese Erscheinung zu rechtfertigen, entweder mit der akzessorischen Natur der Hypothek brechen oder aber die Sätze, dass durch Zahlung eine Forderung untergehe und dass niemand sein eigener Gläubiger sein könne, in vorliegendem Falle für unanwendbar erklären. Letzteren Weg für die Konstruktion der Eigentümerhypothek hat das preussische Obertribunal gewählt, indem es annahm, dass in den Fällen der Eigentümerhypothek nicht nur die Hypothek, sondern trotz Tilgung auch die Forderung bestehen bleibe und mit der Hypothek auf den Eigentümer übergehe, dass also auch

der Eigentümer sein eigener obligatorischer Gläubiger werde. Der Ansicht des Obertribunals hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen, und ist dieselbe auch für das neue preussische Recht die herrschende geblieben. Die Entscheidungen finden sich bei Dernburg, Preussisches Privatrecht I, § 337, Anm. 9 aufgeführt. Andere Schriftsteller, die ebenfalls sich für das Fortbestehen der persönlichen Forderung ausgesprochen haben, zitiert Turnau a. a. O. S. 531. Zu welchen Konsequenzen die Ansicht des Obertribunals zu führen vermag, hat Schollmeyer, Die Hypothek des Eigentümers nach dem preussischen Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872, Hallenser Inauguraldissertation 1874, S. 11 bis 17 zutreffend ausgeführt.

Anderer Ansicht sind namentlich Achilles, Die preussischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, S. 305, Dernburg a. a. O. § 337, Zff., 3b, Buchka a. a. O. S. 115, welche sämtlich die Forderung erlöschen lassen und demnach konsequenterweise die Eigentümerhypothek materiell als Grundschuld ansehen.

Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigentümers S. 35ff. lässt ebenfalls die persönliche Forderung erlöschen. Indem er aber jede Hypothekbestellung als eine bedingte Veräusserung eines ideellen Anteils seines Eigentums auffasst, erklärt er die Eigentümerhypothek als einen von der Verpfändung ausgeschlossenen Eigentumsanteil.

Auch Schollmeyer a. a. O. S. 40ff. lässt die persönliche Forderung untergehen und erklärt Grundschuld und Hypothek des Eigentümers materiell als dasselbe Recht. Auf Grund seiner Theorie, dass jedem Pfandgläubiger zwar das ganze Grundstück, aber nur zu einer bestimmten Wertquote hafte, erklärt er beide als die Freiheit des Eigentums von der Verpfändung in Höhe einer bestimmten Wertquote. Des Näheren ist auf die zitierte Schrift zu verweisen.

Dadurch, dass man die Eigentümerhypothek materiell als Grundschuld erklärte, hob man zugleich das fernere Bedenken gegen die Theorie des Obertribunals, wie es möglich sei, dass

dem Eigentümer noch ein besonderes dingliches Recht an seiner Sache zustehen könne. Denn die Grundschuld war als abstrakte dingliche Belastung eines Grundstücks, die auch zu Gunsten des Eigentümers bestehen konnte, gesetzlich anerkannt. Die mecklenburgische Gesetzgebung hat, um diesen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, die akzessorische Hypothek überhaupt über Bord geworfen.

B. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich ist über das preussische Recht nicht hinausgegangen. Auch wird daran festgehalten, dass die Hypothek ein streng akzessorisches Recht sei und demgemäss in § 1092 als Regel ausgesprochen, dass die Hypothek erlischt, wenn die Forderung untergeht. § 1094 bringt als Ausnahme die Vorschriften über die Eigentümerhypothek. Analog dem preussischen Recht ist auch hier immer eine gültige Forderung vorausgesetzt. Fehlt diese, so ist überhaupt keine Hypothek zu stande gekommen, folglich kann auch durch Befriedigung des Gläubigers keine Eigentümerhypothek entstehen.

Auf einem ganz anderen Standpunkte steht das Bürgerliche Gesetzbuch. Diesen Standpunkt klarzulegen, soll der Zweck der folgenden Untersuchung sein. Zuvor aber erscheint eine Orientierung über die verschiedenen, im Bürgerlichen Gesetzbuch zur Anerkennung gebrachten Arten der pfandrechtlichen Belastung geboten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt wie das preussische Recht als Hauptarten der pfandrechtlichen Belastung die Grundschuld und die Hypothek. Die Grundschuld wird in § 1191 als eine Belastung eines Grundstücks in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist, de-

finiert. Die Definition der Hypothek in § 1113 ist die gleiche mit dem Zusatze, dass die bestimmte Geldsumme an den Berechtigten zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung zu zahlen ist.

Die Grundschuld kann entweder als Kapitalbelastung auftreten (Grundschuld i. e. S.) oder in der Weise bestellt werden, dass unter Festsetzung einer Ablösungssumme in regelmässig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (Rentenschuld).

Desgleichen hat die Hypothek zwei Formen: die gewöhnliche oder Verkehrshypothek und die Sicherungshypothek. Der Unterschied beider liegt nach §§ 1184, 1185 darin, dass bei der Sicherungshypothek das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der zu Grunde liegenden Forderung bestimmt und derselbe sich zum Beweise seiner Forderung nicht auf die Eintragung im Grundbuche berufen kann, und im Ausschluss der Vorschriften der §§ 1138, 1139, 1141 u. 1156.

Kein principieller Unterschied ist zu machen zwischen Briefhypothek und Buchhypothek. Nach § 1116, Absatz 1 soll nämlich regelmässig über die Hypothek ein Hypothekenbrief erteilt werden, jedoch kann nach Absatz 2 daselbst die Erteilung des Briefes auch ausgeschlossen werden. Ist letzteres geschehen, so spricht man von einer Buchhypothek, weil dieselbe eben nur durch das Grundbuch in Erscheinung tritt. Für die Briefhypothek gelten naturgemäss mit Rücksicht auf die Funktionen des Hypothekenbriefes einige besondere Vorschriften. Der Unterschied könnte im übrigen nur für die Verkehrshypothek in Betracht kommen, da nach § 1185, Absatz 1 für die Sicherungshypothek die Erteilung eines Briefes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Dagegen mag bemerkt werden, dass auch eine Grundschuld sowohl als Brief- wie als Buchgrundschuld auftreten kann, da nach § 1192 die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld entprechende Anwendung finden, soweit sich nicht daraus ein anderes ergiebt, dass die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt, die Forderung für die Erteilung oder Ausschliessung des Briefes aber gleichgültig ist.

Die Sicherungshypothek hat wieder verschiedene Unterarten in der Hypothek für Inhaber- und Ordrepapiere (§§ 1187 bis 1189), der sogenannten Maximalhypothek (§ 1190), der Zwangshypothek (§§ 866 bis 868 der Civilprozessordnung) und der Arresthypothek (§ 932 der Civilprozessordnung). Diese Unterarten der Sicherungshypothek gelten kraft Gesetzes als solche, während eine normale Hypothek nur dann als Sicherungshypothek gilt, wenn sie als solche im Grundbuche bezeichnet ist.

Für alle Grundstückspfandrechte gilt, dass zu ihrer Entstehung Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist. Dieselbe ist jedoch nicht genügend, vielmehr muss nach der allgemeinen Regel des § 873 vorhergehende oder nachfolgende Einigung der Parteien hinzukommen. Eine Ausnahme von letzterem Satze macht die Zwangs- und Arresthypothek, bei denen die Einigung durch den vollstreckbaren Titel bezw. den Arrestbefehl ersetzt wird. Nach diesen Vorbemerkungen sollen die Vorschriften über die Eigentümerhypothek, die gleichermaassen für sämtliche Hypothekenarten gelten, einer Untersuchung unterzogen werden.

I. Die juristische Natur der Eigentümerhypothek.

Die grundlegenden Vorschriften über die Eigentümerhypothek sind in § 1163, Absatz 1 und § 1168 Absatz 1 enthalten. Erstere Regel schreibt vor, dass, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist, die Hypothek dem Eigentümer zusteht, und ferner dass, wenn die Forderung erlischt, der Eigentümer dieselbe erwirbt. § 1168, Absatz 1 besagt, dass der Eigentümer die Hypothek erwirbt, wenn der Gläubiger auf dieselbe verzichtet.

Angesichts dieser Regeln, die, wie bereits erwähnt, für sämtliche Hypothekenarten gelten, kann von einer akzessorischen Natur der Hypothek, d. h. von einer Abhängigkeit derselben von der Forderung wohl kaum noch die Rede sein,

ja man möchte geneigt sein, umgekehrt anzunehmen, dass die Forderung lediglich etwas Nebensächliches ist, das zu der Hypothek hinzutritt. Wenn feststeht, dass bei Nichtentstehen oder Erlöschen der Forderung die Hypothek dem Eigentümer zusteht, so folgt hieraus umgekehrt, dass eine Hypothek nur dann nicht dem Eigentümer zusteht, wenn eine gültige Forderung mit ihr verknüpft ist. Nimmt man diesen Satz zum Ausgangspunkt, so würde sich ergeben, dass nach der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches jede Hypothek grundsätzlich dem Eigentümer zusteht und nur dann für einen anderen begründet wird, wenn sie mit einer diesem zustehenden Forderung verknüpft wird. Die juristische Konstruktion der Eigentümerhypothek wäre demnach einfach. Dann ist sie eben nicht nur eine wahre Hypothek, sondern sogar die grundlegende Hypothek. Dass der Eigentümer keine Zinsen von sich selber verlangen kann, sowie dass er sein Grundstück nicht selber zur Subhastation bringen kann, liegt in der Natur der Sache. Diese Eigenschaften fehlen der Eigentümerhypothek keineswegs, sie schlummern nur und erwachen sofort zu vollem Leben, sobald die Hypothek in eine andere Hand kommt. Wird das Grundstück aber von anderer Seite zur Subhastation gebracht, so wird die Eigentümerhypothek genau so wie jede andere Hypothek behandelt.

Ob der oben angedeutete Standpunkt derjenige des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, muss die Untersuchung ergeben.

Die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Bearbeitung von Achilles, Gebhard, Spahn, Band III, S. 600 gehen davon aus, dass, wer auf zweite oder dritte Hypothek Geld ausleihe, regelmässig nicht darauf rechnen könne, dass die vorstehende Hypothek zu seinen Gunsten abbezahlt werde oder sonstwie wegfalle, dass ein Vorrücken in diesem Falle dem nachfolgenden Gläubiger daher einen völlig ungerechtfertigten Vorteil bringe, den Eigentümer aber unbillig schädige. Denn im Fall erneuten Kreditbedürfnisses könne er dem neuen Gläubiger nur eine schlechtere Position gewähren und müsse daher regelmässig auch lästigere Bedingungen eingehen. Deshalb er-

scheine es gerechtfertigt, dem Eigentümer, der den Gläubiger bezahle, die erledigte Stelle zur Verfügung zu halten.

Hierzu standen zwei Wege offen: entweder konnte man dem Eigentümer die freigewordene Stelle zur Verfügung stellen, sodass er also eine neue Hypothek mit dem Range der alten hätte eintragen lassen können, oder aber man liess die Hypothek zur Eigentümerhypothek werden. Da in ersterem Falle aber bei einem freiwilligen oder zwangsweisen Verkaufe die Position des Eigentümers verloren gegangen wäre, so wählte man den Weg der Eigentümerhypothek.

Die Protokolle erkennen an, dass die Konstruktion der Eigentümerhypothek Schwierigkeiten bieten könne, sprechen aber aus, dass hierin kein Grund liege, sie nicht einzuführen, wenn man einmal ihre Unentbehrlichkeit erkannt habe. Das Gesetz giebt daher keine Definition von der Eigentümerhypothek, sondern ihre Konstruktion ist der Wissenschaft überlassen. Diese hat daher aus der Gesamtheit der im Gesetz über die Hypothek getroffenen Bestimmungen zu erfolgen.

Einen Fingerzeig bietet eine Vergleichung der im Entwurf I und II für die Hypothek getroffenen Definitionen mit denen der daselbst für die Grundschuld getroffenen. Im Entwurf I ist die Hypothek als Belastung eines Grundstücks in der Weise, dass eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bstimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstück zu verlangen, definiert. Nach Entwurf II und im Bürgerlichen Gesetzbuch bedeutet dagegen die Hypothek die Belastung eines Grundstücks in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist und zwar zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung. Hiernach ergiebt sich, dass im Entwurf I die Forderung eine weit grössere Rolle spielt. Hier ist sie die Grundlage der Belastung, wegen deren und zu deren Sicherung die Belastung überhaupt erfolgt ist, während sie im Entwurf II nur den Grund angiebt, weshalb an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Ist der Grund wegegefalln, d. h. steht demjenigen, der als Berechtigter bezeichnet ist, gar keine Forderung

zu oder ist dieselbe nachher erloschen, so hat dieses auf die Belastung keinen Einfluss. Dieselbe bleibt trotzdem bestehen, es fehlt nur an einem Berechtigten.

Vergleicht man hiermit die Definitionen für die Grundschuld, so ist dieselbe nach Entwurf I die Belastung eines Grundstücks in der Weise, dass eine bestimmte Summe zu Gunsten einer bestimmten Person aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben werden kann. Nach dem Entwurf II und im Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Grundschuld die Belastung eines Grundstücks in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Wie die Protokolle in der angegebenen Ausgabe S. 709 aussprechen, ist dieses nur eine redaktionelle Aenderung gegen über dem Entwurf I. Wohl aber ist zu beachten, dass nunmehr die Hypothek dieselbe Definition wie die Grundschuld hat lediglich mit dem Zusatze: »Zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung.« Demnach wäre es logisch richtiger gewesen, die Regeln über die pfandrechtliche Belastung an der Grundschuld zu entwickeln und hieran die für die Hypothek notwendigen besonderen Regeln anzuschliessen. Wenn das Gesetz diesen Weg nicht befolgt, sondern die Hypothek und zwar die Verkehrshypothek zur Grundlage nimmt und in § 1192 erklärt, dass auf die Grundschuld die für die Hypothek gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen, soweit sich nicht daraus ein anderes ergiebt, dass die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt, so scheint dieses lediglich aus historischen Gründen geschehen zu sein, logisch ist diese Behandlung des Stoffes jedenfalls nicht. Da obiger Gesichtspunkt hier nicht massgebend sein kann, ist von der Definition der Grundschuld auszugehen.

Die Definition der Pfandrechtsarten im Bürgerlichen Gesetzbuch hat den alten Streit, ob das Pfandrecht zu den Obligationenrechten oder zu den Sachenrechten zu zählen ist, nicht beseitigt. Nach seiner Stellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches zählt es zweifellos zu den Sachenrechten und zwar ist es ein Recht, das, nicht wie die übrigen beschränkten

Sachenrechte den Nutzwert, sondern den Tauschwert der Sache in Anspruch nimmt.

Eine bestimmte Geldsumme ist »aus dem Grundstück« zu zahlen. Was hierunter zu verstehen ist, besagt § 1147: die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke und den Gegenständen, auf welche sich die Hypothek (bezw. die Grundschuld vergl. § 1192) erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung. Nebenbei mag erwähnt werden, dass die Definition der Grundschuld insofern ungenau ist, als sie das Objekt der Belastung nur das Grundstück, nicht auch die in den §§ 1120—1130 aufgeführten Gegenstände benennt. Doch ist eine Erstreckung auf sie mit Rücksicht auf § 1147 selbstverständlich.

Demnach würde der Inhalt der Grundschuld darin bestehen, dass der Gläubiger demnächst, wenn nach Fälligkeit der Kapitalsumme oder, da nach § 1191, Absatz 2 die Belastung auch in der Weise erfolgen kann, dass Zinsen sowie andere Nebenleistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind, nach Fälligkeit dieser Zinsen oder Nebenleistungen Leistung nicht erfolgt, sich zwangsweise aus dem Grundstück befriedigen kann. Der Schuldner hätte demnach vorerst nichts zu leisten, der Gläubiger nichts zu fordern. Die Sache läge vielmehr so, dass der Schuldner berechtigt wäre, durch Leistung die Zwangsvollstreckung von seinem Grundstück abzuwenden. Eine eigentliche Schuld auf Seiten des Schuldners läge aber nicht vor.

Es ist nicht zu bestreiten, dass obige Befugnis in dem Begriff der Grundschuld mit enthalten ist, dass sie aber den alleinigen Inhalt bilde, kann wohl kaum behauptet werden. Denn die Grundschuld ist auf die Dauer angelegt, sie vermag von einer Hand in die andere zu wandern. So lange pünktliche Zinszahlung erfolgt, ist der Gläubiger zufrieden. Nur wenn die Zinszahlung oder, wenn auch das Kapital fällig sein sollte, die Kapitalzahlung nicht erfolgt, äussert sich das Wesen der Grundschuld, indem nunmehr der Gläubiger zur Zwangsvollstreckung schreitet. Dass die vielleicht jahrelangen Zinszahlungen kein Ausfluss des Wesens der Grundschuld sein, sondern Thatsachen sein sollen, die dem Wesen der

Grundschuld fernlägen, kann wohl kaum möglich sein. Es wäre in der That ein sonderbares Recht, das sein Wesen erst dann offenbart, wenn es im Begriff ist, unterzugehen. Es muss deshalb angenommen werden, dass die Definition der Grundschuld absichtlich so weit gefasst ist, um der Wissenschaft bei einer Untersuchung über ihr Wesen keine Schranken zu setzen.

Will man ihr Wesen erkennen, so ist wohl nichts natürlicher als den Zweck, den sie verfolgt, in den Vordergrund zu stellen. Wie die Motive Band III, S 596 sich ausdrucken, ist sie für den Grundbesitz eine Rechtsform, in der der Realkredit sich bethätigt. Sie ist also eine Form, in der sich der Eigentümer eines Grundstücks Kredit zu verschaffen vermag. Einen vernünftigen Eigentümer, der ohne jeden Grund eine Grundschuld bestellte, giebt es nicht. Irgend eine Absicht muss dabei obgewaltet haben, entweder will er dem Gläubiger schenken, meistens aber wird er sie bestellen, weil er vom Gläubiger ein Darlehn in Höhe der Grundschuld empfangen hat oder noch zu empfangen hofft. Immer also tritt die Grundschuld in Beziehung zu einer Forderung des Gläubigers gegen den Eigentümer. Wenn die Beziehung auch noch so locker ist, so ist doch der Kausalzusammenhang zwischen der Forderung und der Bestellung der Grundschuld nicht zu verkennen. Der Eigentümer bestellt dem Gläubiger die Grundschuld, weil dieser eine Forderung in gleicher Höhe gegen ihn hat oder zugleich bekommt oder bekommen soll. Er bezahlt Zinsen, weil er aus der Darlehnsschuld Zinsen schuldet. Dass dieser Zinsanspruch und der Anspruch auf etwaige andere Nebenleistungen durch Eintrag ins Grundbuch nach § 1191, Abs 2 auch zu einem dinglichen Anspruch gemacht werden kann, ist bereits erwähnt. Immer aber wird die persönliche Schuld der eingetragenen Grundschuld entsprechen. Stets wird der Gläubiger neben der Grundschuld eine persönliche Forderung haben. So wenigstens in der Hand des ersten Gläubigers. In der Hand eines zweiten und weiteren Gläubigers fällt allerdings jede Beziehung zwischen Grundschuld und persönlicher Schuld fort, hier ist die Grundschuld ein vollständig abstraktes Recht.

Aber auch in der Hand des ersten Gläubigers sind die Wirkungen, die die persönliche Schuld auf die Grundschuld auszuüben vermag, äusserst schwache, ganz aber fehlen sie nicht. Der Grund liegt darin, dass die Grundschuld als abstraktes dingliches Recht begründet wird und der Grund der Begründung, die persönliche Beziehung zwischen den Contrahenten in dem Begründungsakt überall keine Erwähnung findet. Die Folge ist, dass der Eigentümer aus dem persönlichen Verhältnis, der persönlichen Schuld, gegen die Grundschuld überhaupt keine Einrede geltend machen kann. Indem er eine Grundschuld bestellt, verzichtet er auf sämmtliche Einreden aus der persönlichen Schuld, Einreden gegen die Grundschuld selbst sind ihm naturlich unbenommen sowohl gegen den ersten als auch gegen jeden ferneren Gläubiger, soweit nicht die letzteren gemäss §§ 1157 und 1192 durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt sind. Es ist selbstverständlich, dass auch der Eigentümer, welcher eine Grundschuld bestellt, gegen eine Doppelzahlung geschützt werden muss. Im Wege der Einrede gegen die Forderung ist dieses, wie bereits erwähnt, bei der abstrakten Natur der Grundschuld, die an Strenge noch die des Wechsels übersteigt, nicht möglich. Vielmehr muss jeder, der seine Eintragung als Grundschuldgläubiger oder der bei der Briefgrundschuld seine Gläubigereigenschaft gemäss §§ 1155, 1192 nachweist, zugleich als Gläubiger der persönlichen Forderung angesehen werden, ohne dass eine Prüfung der gegen dieselbe etwa vorgebrachten Einreden gestattet ist. Dem Eigentümer kann hier lediglich durch Klage und Einrede aus der ungerechtfertigten Bereicherung geholfen werden. Angenommen A entleiht von B ein Darlehn, bestellt in Höhe der Darlehnssumme an seinem Grundstück eine Grundschuld für B, bezahlt nacher B, ohne die Grundschuld löschen oder auf sich übertragen zu lassen. Klagt B später die Grundschuld ein, so hat A dagegen nicht die Einrede der Zahlung aus dem persönlichen Schuldverhältnis, denn gegen die abstrakte Grundschuld sind nur Einreden, die sich aus der Bestellung der Grundschuld selbst ergeben, zulässig, der Grundschuldgläubiger gilt präsumtiv, ohne dass Gegenbeweis zulässig

wäre, auch als persönlicher Gläubiger. Die Einrede des Eigentümers, dass er bereits bezahlt habe und die persönliche Schuld erloschen sei, ist vielmehr eine Einrede aus der ungerechtfertigten Bereicherung. Mittels derselben fordert er nicht eine Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 ff. Das Grundbuch entspricht vielmehr genau dem materiellen Recht, durch die Zahlung ist die für B eingetragene Grundschuld in keiner Weise berührt worden. Mit der Einrede fordert er vielmehr Rückgängigmachung der Bereicherung, d. h., da die Grundschuld noch in B's Händen ist, nach seiner Wahl Löschungsbewilligung oder Cession an seine Person. Sollte B die Grundschuld weiter begeben haben, so kann A diesem Dritten gegenüber die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung selbst dann nicht vorbringen, wenn dieser Dritte die Grundschuld unentgeltlich erworben hat. Denn § 816, Absatz 1, Satz 2 trifft hier nicht zu, da es nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs ist, der den Dritten schützt, sondern B zur Uebertragung der Grundschuld vollberechtigt war, sodass selbst Kenntnis des Dritten von der an B geleisteten Zahlung ihm nichts schadet. A muss vielmehr an den Dritten nochmals Zahlung leisten und hat nur einen Bereicherungsanspruch an B. Es ist daher für einen Grundschuldschuldner höchst wichtig, dass er bei der Zahlung sich Löschungsbewilligung erteilen oder die Post sich übertragen lässt. Um das für die gegenwärtige Untersuchung Wichtige nochmals hervorzuheben, so ist dem Eigentümer gegenüber jeder, der als Grundschuldgläubiger im Grundbuch eingetagen ist oder bei der Briefgrundschuld, der sich gemäss §§ 1155, 1192 auszuweisen vermag, zur Einklagung der Grundschuld legitimiert, ohne dass es noch irgend eines anderen Nachweises bedürfte. Es ist ferner nochmals hervorzuheben, dass das Wesen der Grundschuld nicht allein in der Befugnis demnächstiger Zwangsvollstreckung in das Grundstück besteht, sondern dass der Eigentümer dem Grundschuldgläubiger wirklich etwas schuldet und zwar wegen der abstrakten Natur der Grundschuld nicht nur dem ersten, sondern jedem weiteren Gläubiger.

Will der Kredit suchende Eigentümer sicher gehen, so

darf er nicht die Form der Grundschuld anwenden, sondern muss sich der anderen Kreditform, der Hypothek, bedienen. Zunächst soll die Verkehrshypothek einer Untersuchung unterzogen werden. Auch bei ihr ist eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen. In dieser Beziehung gilt das für die Grundschuld Gesagte. Hier ist aber weiter bestimmt, dass die Geldsumme an den Berechtigten aus dem Grundstück zu zahlen ist, »zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung«. Also nicht jeder, der ins Grundbuch als Gläubiger eingetragen ist oder auch bei der Briefhypothek die in § 1155 verlangten Nachweise erbringt, gilt zur Einklagung der Hypothek legitimiert, sondern nur der, der eine Forderung gegen den Eigentümer oder einen Dritten, der früher Eigentümer war oder für den der Eigentümer sein Grundstück verpfändet hatte, nachzuweisen vermag. Praktisch gestaltet sich freilich die Sache sehr einfach. Dem ersten Gläubiger gegenüber kann der Eigentümer allerdings sämtliche Einreden aus dem zu Grunde liegenden persönlichen Schuldverhältnisse geltend machen (§ 1137). Ist er aber nicht persönlicher Schuldner, so kann er sich nicht darauf berufen, dass, wenn der persönliche Schuldner gestorben ist, dessen Erbe nach den Vorschriften des Erbrechts für die persönliche Schuld nur beschränkt haftet. Desgleichen steht ihm kraft positiver Vorschrift des Gesetzes die Einrede der Verjährung der persönlichen Schuld nicht zu (§ 223, Abs. 1). Andererseits gehen ihm Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse nicht dadurch verloren, dass der persönliche Schuldner auf dieselben verzichtet (§ 1137, Abs. 2). Für den späteren Gläubiger aber streitet eine mächtige Präsumption. § 1138 bestimmt nämlich, dass die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs für die Verkehrshypothek, also soweit der Gläubiger sein Recht auf die Hypothek stützt, auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden gelten. Es braucht also derjenige, der sich als Hypothekengläubiger zu legitimieren vermag, nicht noch ausserdem sein persönliches Gläubigerrecht nachzuweisen, sondern er gilt, soweit es sich um seine Ansprüche aus der Hypothek

handelt, kraft gesetzlicher Präsumption auch als persönlicher Gläubiger. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs schützt also hier nicht nur das dingliche Recht, die Hypothek, sondern auch die Forderung, es sei denn, dass dem Gläubiger beim Erwerbe der Hypothek bekannt war, dass seinem Rechtsvorgänger die persönliche Forderung nicht zustand, oder dass ein Widerspruch gegen die Forderung in's Grundbuch eingetragen war.

Gilt so der Hypothekgläubiger kraft Gesetzes auch als persönlicher Gläubiger, so sind gegen ihn, da § 1138 auch die nach § 1137 dem Eigentümer gegen den persönlichen Gläubiger zustehenden Einreden beruft, auch sämtliche Einreden ausgeschlossen, die er beim Erwerbe der Hypothek nicht gekannt hat oder die zu dieser Zeit nicht in's Grundbuch eingetragen waren. Die Bedeutung der Forderung beschränkt sich also darauf, dass für die Entstehung der Hypothek ihre Bezeichnung notwendig ist. Ob sie wirklich bestanden hat oder fortbesteht, ist, nachdem die Hypothek in die Hand eines gutgläubigen Dritten gekommen ist, vollkommen gleichgültig. Der Effekt ist also der, dass auch bei der Verkehrshypothek der Hypothekgläubiger ohne weiteres zur Geltendmachung der Hypothek ligitimiert gilt. Freilich kann der Eigentümer Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis gegen ihn geltend machen und zwar gegen den ersten Gläubiger unbeschränkt mit Ausnahme der Einreden der Verjährung und der beschränkten Haftung des Erben des persönlichen Schuldners, gegen den späteren Gläubiger aber nur solche, welche entweder dem Gläubiger bei dem Erwerbe der Hypothek bekannt waren oder welche zu jener Zeit im Grundbuche eingetragen waren. Dringt er aber mit einer Einrede durch, so richtet sich dieselbe im Gegensatz zu dem bezüglich der Grundschuld Gesagten gegen die Hypothek selbst, d. h. sie bestreitet, dass dem als Gläubiger Eingetragenen die Hypothek zusteht, stellt sich also als Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäss § 894 ff. dar.

Die grösste Sicherung gewährt dem kreditnehmenden Eigentümer die Form der Sicherungshypothek. Bei ihr gilt gemäss

§ 1184, dass das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann. Im Gegensatz zur Verkehrshypothek steht hier also die Forderung nicht mit unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Der Gläubiger, welcher die Hypothek einklagt, muss behaupten und im Bestreitungsfalle beweisen, dass ihm eine Forderung in Höhe der Hypothek zusteht. Denn die Anwendbarkeit des § 1138 ist im § 1185, Abs. 2 ausgeschlossen. Aus der Ausschliessung dieses Paragraphen ergiebt sich ferner, dass der Eigentümer auch jedem späteren Erwerber der Hypothek gegenüber sämtliche Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis geltend machen kann mit Ausnahme der Einreden der Verjährung und der beschränkten Haftung des Erben des persönlichen Schuldners.

Prüft man nun das Verhältnis der drei dargestellten Kreditformen zu einander, so ergiebt sich, dass nicht etwa, wie dieses nach dem System des Gesetzes den Anschein haben könnte, die eine Form der anderen untergeordnet ist, sondern alle drei Kreditformen: Grundschuld, Verkehrshypothek, Sicherungshypothek, sind zweifellos gleichwertig. Dem kreditsuchenden Eigentümer steht frei, welcher Form er sich bedienen will. Daher ist es, ohne dass eine Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich wäre, nach § 1198 auch erlaubt, eine Grundschuld in eine Hypothek und zwar sowohl in eine Verkehrs- als in eine Sicherungshypothek und umgekehrt umzuwandeln. Desgleichen sind nach § 1186 die beiden Hypothekenarten unter sich wieder wandlungsfähig. Zur Umwandlung ist lediglich Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger und Eintragung in's Grundbuch erforderlich. Der Unterschied zwischen den drei Kreditformen liegt lediglich in der Stellung des Gläubigers. Zu seiner Legitimation ist immer erforderlich, dass ihm eine Forderung zusteht. Diese wird bei der Grundschuld stets präsumiert, bei der Verkehrshypothek mag sie in Wirklichkeit auch nicht immer vorhanden sein, aber da, wie ausgeführt, der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch auf die Forderung Anwendung findet, so

gilt, soweit dieser reicht, die Forderung ebenfalls als bestehend, bei der Sicherungshypothek dagegen muss der Gläubiger im Bestreitungsfall seine Forderung beweisen.

Es ensteht nun die Frage, was geschieht, wenn die Legitimation fortfällt, d. h. die Forderung erlischt oder, was ja auch möglich ist, garnicht zur Entstehung gelangt ist. Auf die dingliche Belastung an sich kann dieses keinen Einfluss haben, es fehlt dann nur an einem Berechtigten. Folgeweise muss das Recht nunmehr dem Eigentümer zufallen, d. h. es muss ein Eigentümerpfandrecht entstehen. Dass eine Eigentümergrundschuld auf diese Weise nicht enstehen kann, steht dem Prinzip dieser Konstruktion nicht entgegen. Denkbar wäre dieses auch. Die Unmöglichkeit liegt lediglich in der losen Verbindung der Forderung mit der Grundschuld Das Gesetz hätte ebensogut eine Bestimmung etwa dahin treffen können, dass, wenn der Eigentümer den Grundschuldgläubiger bezahlt, die Grundschuld kraft Gesetzes auf ihn übergeht. Es hat dieses aber nicht gethan, um den abstrakten Charakter der Grundschuld voll zu wahren. Es ist, wie bereits oben erwähnt ist, bei der Grundschuld in diesem Falle rechtsgeschäftliche Uebertragung erforderlich. In der Litteratur findet sich übrigens auch die Ansicht vertreten, dass durch Bezahlung die Grundschuld kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergehe.

Für die Hypothek, Verkehrs- und Sicherungshypothek, aber ist in § 1163, Abs. 1 bestimmt, dass die Hypothek dem Eigentümer zusteht, wenn die Forderung erlischt oder nicht zur Entstehung gelangt ist. Die Bestimmung des § 1163, Abs. 2, dass die Briefhypothek bis zur Uebergabe des Hypothekenbriefes dem Eigentümer zusteht, beruht auf demselben Gesichtspunkte und ist hervorgerufen durch die Funktion, welche dem Hypothekenbriefe im Gesetze beigelegt ist. Der Eigentümer ist dadurch in den Stand gesetzt, Zug um Zug gegen Aushändigung der Darlehnsvaluta, also im Augenblick des Entstehens der Forderung, die Hypothek zu begründen. Wenn es wirklich richtig ist, dass die drei behandelten Kreditformen sich nur durch die Ansprüche, welche an die Legitimation des Gläubigers gestellt werden, unterscheiden, so müssen

sie sich notwendig, wenn dieser Unterschied wegfällt, also im Fall des Eigentümerpfandrechts, vollkommen gleichen. Auch diese Konsequenz ist im Gesetz gezogen worden. Denn § 1177, Abs. 1, Satz 1 bestimmt, dass, wenn sich Hypothek mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt, ohne dass dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandelt. Dieser Ausdruck des Gesetzes ist ungenau. Er will nicht besagen, dass die Eigentümergrundschuld die Eigentümerhypothek umfasse, sondern nur, dass beide Rechte in diesem Fall identisch seien. Es hätte daher, da das Wort »Grundschuld« ein specieller *terminus technicus* des Gesetzes ist, worunter man eine ganz bestimmt geartete dingliche Belastung versteht, eines gemeinsamen Oberbegriffes bedurft, der alle drei Kreditformen umfasst Es entsteht in diesem Falle das Eigentümerpfandrecht. Der Ausdruck Grundschuld ist offenbar gewählt, weil das Gesetz überhaupt keinen gemeinsamen Oberbegriff aufstellt und es bei dieser Sachlage nahe lag, da eine Forderung nicht vorhanden ist, das Ding Eigentümergrundschuld zu nennen; ebensogut hätte man den Ausdruck Eigentümerhypothek wählen können, es ist eben das Eigentümerpfandrecht. Da somit die Forderung nur den Berechtigten bezeichnet, ihr Bestehen im übrigen auf das dingliche Recht keinen Einfluss hat, kommt man zu dem Satze, dass die Grundlage jeder pfandrechtlichen Belastung, sei es Grundschuld sei es Hypothek, das Eigentümerpfandrecht ist. Grundschuld wie Hypothek waren vorher Eigentümerpfandrecht und werden wieder Eigentümerpfandrecht, sobald der Berechtigte fortfällt. Will der Eigentümer sein Grundstück belasten, so hat er es in der Hand, ob er aus seinem Eigentümerpfandrecht eine Grundschuld oder eine Hypothek machen will. Benennt er dem Grundbuchamt nur einen Gläubiger, ohne zu bemerken, dass die Belastung wegen einer jenem zustehenden Forderung erfolge, so wird die Belastung Grundschuld genannt. Erklärt er. dass dem Gläubiger auch eine Forderung zustehe, so wird die Belastung zur Hypothek und zwar, wenn er nicht bemerkt, dass sich das Recht des Gläubigers nur nach der Forderung richten soll, zur Verkehrshypothek, andernfalls zur

Sicherungshypothek. Dass er auch die *causa* der Forderung angeben müsse, verlangt das Gesetz nicht. Auch in der Praxis kann die Belastung in dieser Weise vor sich gehen, da ja die weiterhin erforderliche Einigung der Parteien auch nachträglich erfolgen kann, der Rang des Rechts sich aber dessenungeachtet nach dem Zeitpunkt der Eintragung richtet.

Der Ursprung jeder Hypothek ist also das Eigentümerpfandrecht. In diesem Sinne könnte man auch sagen, dass ein vollkommen unbelastetes Grundstück mit dem Eigentümerpfandrecht belastet sei. In die äussere Erscheinung tritt das Eigentümerpfandrecht aber erst mit der Eintragung ins Grundbuch. Deshalb kann der Eigentümer auch sich selbst als Gläubiger ins Grundbuch eintragen lassen. Solange er das Recht nicht weiter begiebt, ist derselbe Zustand vorhanden wie bei völliger Unbelastung. Das Gesetz gestattet die Eintragung auf eigenen Namen freilich in § 1196 nur für die Grundschuld. An sich läge aber kein Grund vor, dasselbe nicht auch für die Hypothek zu gestatten. Man hätte dann nur zugeben müssen, dass jemand hier gegen sich selber eine Forderung haben könne. Da aber dem Bedürfnis des Verkehrs völlig Genüge geschieht, wenn für die Grundschuld die Eintragung auf eigenen Namen gestattet ist, liess man es dabei bewenden. Will der Eigentümer, der ein Pfandrecht auf eigenen Namen hatte eintragen lassen, dem Gläubiger keine Grundschuld, sondern eine Hypothek geben, so braucht er nur, Einigung mit dem Gläubiger vorausgesetzt, bei oder nach der Begebung dem Grundbuchamte dieses zu erklären oder die Erklärung in grundbuchmässiger Form einzureichen, denn, wie bereits erwähnt, besteht unter allen drei Kreditformen freie Wandelbarkeit. Ist für die Eigentümergrundschuld ein Brief ausgestellt, so ist freilich die vereinfachte Abtretung nach § 1154 nicht möglich, da die Umwandlung einer Kreditform in die andere eine Aenderung des Inhalts des Rechts bedeutet und nach § 877 auf die Aenderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück die Vorschrift des § 873 Anwendung findet, wonach stets Eintragung ins Grundbuch erfordert wird. Da das Recht nun in der Hand des Eigentümers überhaupt

noch keine Wirkung äussert, bei der Begebung aber nach obigem sofort zur Hypothek gemacht werden kann, so hat man mit Recht die Eintragung der Hypothek auf eigenen Namen als überflüssig ausgeschlossen.

Bemerkt mag noch werden, dass es auch vorkommen kann, dass sich Hypothek und Eigentum in einer Hand vereinigen, ohne dass die Forderung untergegangen ist. In diesem Falle entsteht natürlich keine Eigentümerhypothek, sondern die Hypothek bleibt an sich völlig unverändert. Solange sie aber in der Hand des Eigentümers ist, vermag sie nicht sämmtliche Wirkungen der Hypothek auszuüben. Der Eigentümer, welcher zugleich Hypothekgläubiger ist, kann nämlich nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben und kann Zinsen nur fordern, wenn und solange das Gundstück auf Antrag eines Anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist. Das Gesetz drückt dieses in § 1177 Abs. 2 dahin aus, dass die Rechte des Eigentümers aus der Hypothek sich nach den für die Eigentümergrundschuld gegebenen Vorschriften des § 1197 richten. Nichts destoweniger bleibt diese Hypothek wahre Hypothek, nach ihrer Trennung vom Eigentum hat sie sofort wieder den Charakter einer Hypothek, ohne dass es einer die Umwandlung bezweckenden Erklärung des Eigentümers bedürfte.

Ist also festgestellt, dass nach der Auffassung des bürgerlichen Gesetzbuches jedes Grundstückspfandrecht im Grunde genommen Eigentümerpfandrecht ist und dass es nur dann einem Anderen zusteht, wenn es mit einer diesem zustehenden Forderung verbunden ist, so muss, wenn derjenige, dem die Forderung zusteht, auf das dingliche Recht verzichtet, d. h. wenn der Zusammenhang zwischen dinglichem Recht und Forderung gelöst wird, sodass jedes Recht seine eigenen Wege geht, das dingliche Recht notwendigt wieder Eigentümerpfandrecht werden. Deshalb bestimmt § 1168, Abs. 1, dass, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, diese dem Eigentümer zufällt. Da gemäss § 1192 diese Vorschrift auch für die Grundschuld gilt, so entsteht auch hier, wenn der Gläubiger einer Grundschuld auf dieselbe verzichtet, eine Eigentümer-

grundschuld. Die Form des Verzichtes interessiert hier nicht. Nach § 1177, Abs. 1 muss sich die Eigentümerhypothek, da sie forderungslos ist, in eine Grundschuld verwandeln. Mit andern Worten im Fall des Verzichts des Gläubigers auf das Pfandrecht, sei dasselbe Grundschuld oder Hypothek, entsteht nach dem oben Gesagten das Eigentümerpfandrecht.

Um das Resultat unserer Untersuchungen nochmals zusammenzufassen, so ist der Urquell jeder pfandrechtlichen Belastung das Eigentümerpfandrecht in seinen drei Formen der Eigentümergrundschuld, der Eigentümerverkehrshypothek und der Eigentümersicherungshypothek. Ganz klar wäre der Aufbau, wenn es dem Eigentümer gestattet wäre, von vorn herein auch Hypotheken auf eigenen Namen eintragen zu lassen. Dann könnte nämlich der kreditsuchende Eigentümer sein angenommen unbelastetes Grundstück bis obenhin mit Grundschulden, Verkehrs- und Sicherungshypotheken belasten und im Falle eines Kreditbedürfnisses je nach Verlangen des Gläubigers davon begeben. An sich steht einem derartigen Verfahren absolut nichts im Wege. Denn die Hypothek ist nicht mehr ein akzessorisches, von der Forderung abhangiges Recht, sondern selbständig wie die Grundschuld. Dass die Eintragung einer Hypothek auf eigenen Namen nicht gestattet ist, hat, wie erwähnt, seinen Grund vielmehr darin, dass eine dahin gehende Vorschrift entbehrlich ist, weil mit der Begebung der Grundschuld gemäss § 1198 durch einfache Erklärung des Eigentümers, Einigung mit dem Gläubiger vorausgesetzt, sofort eine Hypothek geschaffen werden kann.

Ihrer juristischen Natur nach ist also die Eigentümerhypothek eine Form des Eigentümerpfandrechts wie es oben dargestellt ist.

Die hier niedergelegten Gedanken über die Eigentümerhypothek werden bereits durch die Protokolle angeregt. In der angeführten Ausgabe derselben S. 603 ist gelegentlich der Beratungen über den Verzicht auf die Hypothek gesagt, dass, wenn eine Hypothek begründet werde, darin zugleich die Bestellung einer Eigenthümerhypothek liege. Letztere könne nicht geltend gemacht werden, solange sie mit dem Rechte

des Gläubigers belastet sei. Falle aber das Recht des Gläubigers durch Verzicht fort, so gelange die Eigentümerhypothek zur Wirksamkeit und zwar ohne einen Akt der Uebertragung. Es ist ferner auf Seite 540 ausgesprochen, das Bestreben der modernen Gesetzgebung, den Schutz des guten Glaubens auf den Hypothekenverkehr zu erstrecken, gehe dahin, den akzessorischen Charakter der Hypothek mehr und mehr abzustreifen; man sei auf diesem Wege schliesslich zur Eigentümerhypothek gelangt. Dem Zuge der modernen Rechtsentwicklung entspreche es deshalb mehr, nicht den Bestand der Hypothek von der Existenz einer persönlichen Forderung abhängig zu machen, sondern der persönlichen Forderung nur die Bedeutung beizulegen, dass sie als Legitimation für den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück diene. Derselbe Gedanke findet sich noch an verschiedenen Stellen der Protokolle über die Beratungen der Eigentümerhypothek ausgesprochen.

Ist jede Hypothek sonach im Grunde genommen Eigentümerhypothek, so kann von einer akzessorischen Natur derselben nicht mehr die Rede sein. Es herrscht in der Litteratur auch darüber wohl kein Zweifel, dass in den Fällen der Eigentümerhypothek mit der akzessorischen Natur der Hypothek gebrochen ist. Diejenigen Schriftsteller aber, welche den akzessorischen Charakter der Hypothek im übrigen verteidigen, erachten diese Fälle als Ausnahme. Wer aber, wie der Verfasser, das Eigentümerpfandrecht als den Ausgangspunkt alles Pfandrechts ansieht, muss die Selbständigkeit der Hypothek als Regel hinstellen. Da die Frage nach der akzessorischen Natur der Hypothek eng mit der Behandlung der Eigentümerhypothek zusammenhängt, weil letztere als schlagendstes Beweismittel gegen die akzessorische Natur der Hypothek verwertet wird, sei eine kurze Abschweifung nach dieser Richtung gestattet.

Die akzessorische Natur der Hypothek ist besonders warm von v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, Jena 1899, S. 102 ff. verteidigt worden. Die aus dem Gesetz herangezogenen Stellen, die für die akzessorische Natur verwertet

werden, sind nach Ansicht des Verfassers hierzu keineswegs tauglich.

Es ist dieses zunächst die Bestimmung des § 1137, dass der Eigentümer die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden gegen die Hypothek geltend machen kann. Abgesehen davon, dass diese Bestimmung, wie bereits an anderer Stelle hervorgehoben, hauptsachlich nur für die Sicherungshypothek Bedeutung hat, da für die Verkehrshypothek bezüglich aller späteren Glaubiger der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches gemäss § 1138 auch hinsicht'ich der gegen die Forderung möglichen Einreden Platz greift, so stellt sich, da, wie ausgeführt, der Forderung nur die Bedeutung einer Legitimation beizulegen ist, die Geltendmachung der dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden lediglich als ein Einwand gegen die Aktivlegitimation des Klägers dar. Auf diese Bestimmung das Dogma von der akzessorischen Natur der Hypothek als Regel aufbauen zu wollen, dürfte daher wohl nicht angängig sein.

Weiter wird für die akzessorische Natur der Hypothek geltend gemacht, dass § 1153 bestimme, dass mit der Uebertragung der Forderung auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger übergehe, dass ferner die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden könne. Dass dieser Bestimmung keine grössere Bedeutung beizumessen ist, ergiebt sich daraus, dass das Gesetz selbst die Handhaben zu ihrer Umgehung bietet. Verzichtet nämlich der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer, während die Forderung beim Gläubiger zurückbleibt. Bereits jetzt ist eine Trennung von Hypothek und Forderung eingetreten. Damit ein Dritter die Hypothek erwerbe, ist erforderlich, dass der Eigentümer dieselbe an ihn abtritt. Einen zweiten Weg bietet § 1180. Es kann hiernach durch Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie Eintragung ins Grundbuch an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere Forderung gesetzt werden. Steht die neue Forderung nicht dem bisherigen Hypothekgläubiger zu, so ist dessen Zustimmung erforderlich.

Es ist somit auch auf diese Weise möglich, die Hypothek von der Forderung zu trennen. Allerdings ist zu beachten, dass, welchen dieser beiden Wege man auch einschlagen mag, jedesmal die Mitwirkung des Eigentümers erforderlich ist. Dieses hat aber seinen Grund darin, den Eigentümer vor Doppelzahlung zu schützen. Könnte die Hypothek ohne Mitwirkung des Eigentümers auf einen Dritten übertragen werden, so hätte der Eigentümer plötzlich zwei Gläubiger, einen persönlichen und einen Hypothekgläubiger, beiden müsste er zahlen, es sei denn, dass die Voraussetzungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf seiten des die Hypothek erwerbenden Gläubigers nicht gegeben wären. Seine Mitwirkung wird der Eigentümer daher erst dann erfolgen lassen, wenn er in dieser Richtung gedeckt ist. Die Gründe, welche die Protokolle (in der angeführten Ausgabe S. 586) für die Beibehaltung der Bestimmung des § 1153 anführen, passen durchaus nicht zu der Auffassung, die die Commission für die zweite Lesung im übrigen über die Hypothek ausgesprochen hat. Es wird in den Protokollen hervorgehoben, dass für den Gläubiger der Inhalt der Hypothek wesentlich durch die Forderung bestimmt werde. Mit Rücksicht hierauf ergebe sich von selbst, dass mit der Uebertragung der Forderung auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger übergehe und die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden könne. Umgekehrt ergebe sich die Unzulässigkeit der Uebertragung der Hypothek ohne die Forderung aus der Erwägung, dass die Hypothek, wenn sie nicht mehr durch die Forderung beeinflusst würde, ihren wesentlichen Inhalt einbüssen und mithin der Gegenstand der Uebertragung inhaltlos werden würde. Mit der sonstigen Auffassung der zweiten Commission, die an vielen Stellen der Protokolle ausgesprochen ist, dass die Hypothek ein selbständiges Recht sei und die Forderung nur zur Legitimation des Gläubigers diene, passt obige Begründung nicht, sie scheint vielmehr eine Reminiszenz an die Auffassung des ersten Entwurfs zu sein. Weitere Bestimmungen, die für die akzessorische Natur der Hypothek sprechen könnten, finden sich im Gesetz nicht, dagegen, abgesehen von den oben erörterten Be-

stimmungen über die Eigentümerhypothek, noch viele, die deutlich dagegen sprechen. Es kommt in dieser Beziehung folgendes in Betracht:

Dadurch, das der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei der Verkehrshypothek auch auf die Forderung ausgedehnt ist, wird die Forderung zu einem Scheinwesen, das überall präsumiert wird. Ob sie wirklich besteht, ist für die Hypothek vollkommen gleichgültig. Nicht zu verkennen ist, dass dieses nur für die Verkehrshypothek gilt, wobei andererseits wieder zu berücksichtigen sein dürfte, dass die Verkehrshypothek in der Praxis die Sicherungshypothek bei weitem überwiegt. Dass die Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuches nicht Specialbestimmungen des Hypothekenrechts sind, sondern für das gesammte Liegenschaftsrecht gelten, kann nichts verschlagen.

Für die Selbständigkeit der Hypothek spricht ferner § 1141, dass, wenn die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung abhängt, diese in Ansehung der Hypothek nur wirksam ist, wenn sie vom Gläubiger dem Eigentümer oder umgekehrt erklärt wird. Zu Gunsten des Gläubigers gilt hierbei der im Grundbuch als Eigentümer Eingetragene als Eigentümer. Auf das persönliche Schuldverhältnis kommt also hierbei gar nichts an. Will der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Grundstücke suchen, so muss er beweisen, dass dem Eigentümer rechtzeitig gekündigt worden ist. Für die Sicherungshypothek ist § 1141 allerdings ausgeschlossen in Anbetracht der erhöhten Bedeutung der Forderung bei dieser Kreditform.

Für die Selbständigkeit der Hypothek spricht ferner § 1146, dass, wenn dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstücke gebühren. Nimmt man an, dass der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, so tritt die Selbständigkeit der Hypothek klar hervor.

Ein weiteres Argument für die Selbständigkeit der Hypothek ist der Umstand, dass dem beklagten Eigentümer keine Einreden der Vorausklage zusteht. Bestände die Grundstücks-

haftung ledig zur Sicherung der persönlichen Forderung, wäre nicht vielmehr ein selbständiges Recht, so müsste es dem Eigentümer, welcher nicht persönlicher Schuldner ist, analog dem Bürgen freistehen, den Gläubiger zunächst auf den persönlichen Schuldner zu verweisen.

Der § 1156 schliesst ferner die zu Gunsten des Schuldners getroffenen Vorschriften der §§ 406 bis 408, wonach der Schuldner im allgemeinen die Uebertragung der Forderung erst dann gegen sich gelten lassen muss, wenn er sie kennt, für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek aus. Selbst wenn also der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, kann er, soweit es sich um Ansprüche aus dem hypothekarischen Recht handelt, sich auf jene ihm günstigen Vorschriften nicht berufen. Hat er dem Gläubiger, ohne seine Legitimation zu prüfen, gezahlt, so ist er, wenn dieser vorher die Hypothek weiter übertragen hatte, einer Doppelzahlung ausgesetzt.

Vollends unvereinbar mit der akzessorischen Natur der Hypothek ist der bereits erwähnte § 1180. Wenn es hiernach gestattet ist, an die Stelle der Forderung eine andere zu setzen, so kann man unmöglich noch von einer Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung sprechen. Die Hypothek ist vielmehr ein völlig selbständiges Recht, das Hauptrecht, zu dem die Forderung als lediglich etwas Nebensächliches hinzutritt. Ihre Bedeutung ist oben bei der Behandlung der Eigentümerhypothek bereits genügend gewürdigt worden.

II. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek.

Nach dieser Abschweifung soll zum zweiten Teil, zu einer Darstellung der einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek an der Hand des Gesetzes, übergegangen werden. Es sei nochmals erwähnt, dass das Gesetz nicht das Eigentümerpfandrecht zum Ausgangspunkt für die Regelung des Hypothekenrechts gewählt hat. Vielmehr nimmt es zur Grundlage die Verkehrshypothek und stellt am Schluss die für die Sicherungshypothek

geltenden Abweichungen fest. Die Grundschuld ist für sich behandelt unter dem allgemeinen Hinweis, dass auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung zu finden haben, soweit sich nicht daraus ein Anderes ergiebt, dass die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzt.

Den grundlegenden Satz, dass dingliche Rechte nicht durch Confusion mit dem Eigentum untergehen, enthält § 889, welcher besagt, dass ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch erlischt, dass der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Hiermit wäre die Disposition für die folgende Betrachtung gegeben. Es wäre also zunächst als erste Gruppe der Fall ins Auge zu ziehen, dass der Eigentümer des Grundstücks das Pfandrecht erwirbt. Ein Erwerb kann in zweifach verschiedener Weise stattfinden entweder originär oder derivativ. Der derivative, d. h. derjenige Erwerb, bei dem das Recht von dem Rechte eines anderen abgeleitet wird, kann wieder von Todes wegen oder unter Lebenden vor sich gehen, unter Lebenden endlich kann ein Erwerb kraft Gesetzes oder auf rechtsgeschäftlichem oder auf zwangsweisem Wege stattfinden. Die zweite Gruppe, wo der Pfandrechtsinhaber das Eigentum an dem Grundstück erwirbt, gestaltet sich einfacher. Ein originärer Erwerb ist hier ausgeschlossen und beim derivativen Erwerb unter Lebenden kommt nur der Erwerb durch Rechtsgeschäft und im Wege der Zwangsvollstreckung in Betracht. Allein eine Betrachtung aller dieser einzelnen Fälle würde zu weit führen, ja unmöglich sein. Es muss hier der Hinweis auf die bereits erwähnte Vorschrift des § 1177 genügen, welche lautet: »Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne dass dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maassgebend.« Absatz 2 lautet: »Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte

aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften.«

Ein Beispiel möge zur Erläuterung dienen. Es sei der Fall angenommen, dass dem Hypothekgläubiger das ihm verpfändete Grundstück auf Grund eines Kaufes vom Eigentümer aufgelassen wird. War nicht der Eigentümer, sondern ein dritter persönlicher Schuldner, so wird die Forderung durch den Kauf und die Auflassung an sich in keiner Weise berührt, d. h., da dem nunmehrigen Eigentümer auch die Forderung zusteht, findet § 1177, Absatz 2 Anwendung, eine Eigentümerhypothek im technischem Sinne entsteht nicht, sondern eine sogenannte Hypothek des Eigentümers mit den in § 1177, Absatz 2 hervorgehobenen Beschränkungen. War der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so wird das Natürliche sein, dass die Forderung bei der Berichtigung des Kaufgeldes gegen den Kaufpreis aufgerechnet wird, also erlischt. Hier entsteht, da die Hypothek forderungslos in die Händ des neuen Eigentümers kommt, eine Eigentümerhypothek oder vielmehr, wie nach obigen Ausführungen richtiger zu sagen wäre, das Eigentümerpfandrecht. Nichts aber stände im Wege, dass die Parteien bei der Berichtigung des Kaufpreises die Aufrechnung unterliessen, Käufer vielmehr den Kaufpreis voll auszahlte und andererseits die Forderung bestehen bliebe. Hier würde wiederum eine sogenannte Hypothek des Eigentümers und keine Eigentümerhypothek entstehen. Das Beispiel lehrt, dass es lediglich in der Hand der Parteien liegt, ob eine Eigentümerhypothek oder eine Hypothek des Eigentümers entstehen soll. Wie in diesem Falle liegt es fast in allen andern. Es ist nun aber natürlich kaum angängig, auch wenig wertvoll, alle Möglichkeiten und Modalitäten, die sich in den einzelnen Fällen ergeben können, zu erschöpfen. Es muss deshalb auf die allgemeine Vorschrift des § 1177 verwiesen werden, sodass in jedem einzelnen Falle zu prüfen ist, ob nach den speziellen Vorschriften des Obligationenrechts, bezw. beim Erwerb von Todes wegen des Erbrechts die Forderung erloschen ist oder nicht. Einer besonderen Betrachtung

Betrachtung bedürfen vielmehr nur die im Gesetz selbst geregelten Fälle, nämlich aus der ersten Gruppe die Fälle des originären Erwerbes und vom derivativen Erwerbe unter Lebenden die Fälle, wo der Erwerb kraft Gesetzes vor sich geht.

1. Entstehung der Hypothek unmittelbar in der Hand des Eigentümers.

Eine Eintragung auf eigenen Namen von vorn herein ist, wie bereits hervorgehoben, gemäss § 1196 nur für die Grundschuld zulässig und zwar steht auch nichts im Wege, dass der Eigentümer, wenn das Kreditbedürfnis den Wert eines Grundstücks übersteigt, statt auf seine mehreren Grundstücke Einzelgrundschulden eintragen zu lassen, auf alle Grundstücke eine Gesamteigentümergrundschuld eintragen lässt. Für die Hypothek ist eine derartige offene Eintragung auf eigenen Namen nicht erlaubt, vielmehr sind bei der Begründung einer Hypothek der Gläubiger und der Geldbetrag der Forderung anzugeben. Die blosse Angabe genügt aber, ob die Forderung in Wirklichkeit besteht, ist gleichgültig. Ist sie nicht zur Entstehung gelangt, so steht eben die Hypothek nach § 1163, Absatz 1, Satz 1 dem Eigentümer zu. Also auch hier ist der Fall gegeben, dass die Hypothek materiell von vorn herein dem Eigentümer zusteht, wenn auch formell ein anderer als Gläubiger bezeichnet ist. Nach § 1177, Absatz 1 verwandelt sich die Hypothek, da eine Forderung mit ihr nicht verbunden ist, in eine Grundschuld. Da nach Ansicht des Verfassers Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld lediglich zwei Formen desselben Rechts, nämlich des Eigentümerpfandrechts sind, seien die Fälle des § 1177, Absatz 1, dem Sprachgebrauch des Gesetzes zuwider nicht als Eigentümergrundschuld, sondern als Eigentümerhypothek bezeichnet.

Aus welchem Grunde die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, ist vollkommen gleichgültig, sei es, dass das beabsichtigte Darlehnsgeschäft nicht zu Stande kam, sei es, dass die Forderung beispielsweise wegen Wuchers nichtig oder

wegen Irrtums anfechtbar und mit Erfolg angefochten ist, oder auch dass bei einer suspensiv bedingten Forderung die Bedingung nicht eingetreten ist. In letzterem Falle darf man aber nicht so weit gehen zu behaupten, dass bereits während des Schwebens der Bedingung, eben weil noch keine Forderung besteht, eine Eigentümerhypothek vorhanden sei. Hier besteht vielmehr, solange noch ungewiss ist, ob für den Gläubiger eine Hypothek zur Entstehung kommt oder ob der Eigentümer die Hypothek erwirbt, noch gar nichts. Denn bestände bereits eine Eigentümerhypothek, so könnte der Eigentümer auch Berichtigung des Grundbuches verlangen. Hiergegen könnte der eingetragene Gläubiger aber mit Recht einwenden, dass bislang noch gar nicht feststehe, ob das Grundbuch unrichtig sei oder nicht. Im übrigen geht auch aus dem Wortlaut des Gesetzes: »Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt« hervor, dass in dieser Beziehung erst Gewissheit herrschen muss. Hatte der Eigentümer mehrerer Grundstücke diese zur Gesamthaft hypothekarisch belastet, so erwirbt er, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, eine Eigentümergesamthypothek. Analog der Bestimmung des § 1132, dass im Fall der Gesamthypothek jedes Grundstück für die ganze Forderung haftet und der Gläubiger nach seinem Belieben Befriedigung aus jedem Grundstück ganz oder zum Teil suchen kann, kann der Eigentümer, welchem die Gesamthypothek zusteht, über dieselbe frei verfügen, soweit sich nicht daraus eine Beschränkung ergiebt, dass die Hypothek nur für *eine* Forderung bestellt war. Er kann beispielsweise die Hypothek auf einem oder auf mehreren Grundstücken löschen lassen und nur auf einem stehen lassen. Denn der Gläubiger, welcher auf ein bereits mit einer Gesamthypothek belastetes Grundstück Geld leiht, muss von vorn herein damit rechnen, dass der Gläubiger gerade aus dem auch ihm haftenden Grundstücke seine volle Befriedigung suchen werde. Seine Position wird also dadurch nicht schlechter, dass der Eigentümer die Hypothek an den andern mitverhafteten Grundstücken löschen lässt. Dagegen kann der Eigentümer die Hypothek nicht dem vollen Betrage nach

mehrmals begeben, hierin würde eine unzulässige Vervielfältigung der Hypothek liegen, die dem Eigentümer einen ungebührlichen Vorteil verschaffen würde. Gesichert ist demnach allein der nachstehende Gläubiger, der ebenfalls eine Gesamthypothek hat, denn was er auf der einen Seite verliert, dadurch dass der Eigentümer die Hypothek auf nur ein Grundstück konzentriert, gewinnt er auf der anderen Seite, indem die Hypothek auf den anderen Grundstücken gelöscht wird, wodurch die Nachhypothekare aufrücken. Gehörten bei einer Gesamthypothek die mehreren Grundstücke verschiedenen Eigentümern, so steht die Hypothek gemäss § 1172, Absatz 1, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, allen Eigentümern gemeinschaftlich zu; auf diese Gemeinschaft finden aber nicht die Bestimmungen der §§ 741 ff. Anwendung, vielmehr ist die Gemeinschaft eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Die verschiedenen Eigentümer können nur gemeinschaftlich über die Hypothek verfügen, im Prozess sind sie notwendige Streitgenossen. Abweichend von dieser in der Litteratur allgemein, z. B. bei Endemann, Enneccerus und Lehmann, Kuhlenbeck, Ostermeyer, Biermann, Staudinger, Böhm, Mattiass vertretenen Ansicht hält Naumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, zu § 1172 die Vorschriften des § 741 ff. über die Gemeinschaft nach Bruchteilen für anwendbar, sodass auch der einzelne Eigentümer über seinen Anteil verfügen könnte. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden, da sie dem Charakter der Gesamthypothek keineswegs gerecht wird. Soweit aber nicht ein anderes vereinbart ist, kann jeder Eigentümer nach § 1172, Absatz 2, Auseinandersetzung verlangen in der Weise, dass die Gesamthypothek in Teilhypotheken zerlegt und jedem Eigentümer eine Teilhypothek an seinem Grundstück zugeteilt wird. Die Grösse des Anteils jedes Eigentümers richtet sich nach dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke. Der Wert wird unter Abzug der der Gesamthypothek im Range vorgehenden Belastungen berechnet.

Auf demselben Gesichtspunkte wie § 1163, Absatz 1, Satz 2, beruht Absatz 2 daselbst. Hiernach soll bei der Briefhypothek bis zur Uebergabe des Briefes die Hypothek dem Eigentümer zustehen. Es wird hiermit dem Eigentümer ein bequemer Modus eröffnet, Zug um Zug gegen Empfang der Valuta die Hypothek zu begründen. Es wird deshalb auch meistens, solange die Uebergabe des Briefes noch nicht erfolgt ist, die Forderung noch nicht bestehen. Ja eine Eigentümerhypothek kann auch hier nur entstehen, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist. Es kann nämlich der Eigentümer, welcher eine Briefhypothek für einen Dritten hat eintragen lassen, den Brief aber noch nicht übergeben hat, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, sodass eine Eigentümerhypothek besteht, nicht etwa ohne weiteres die Hypothek weiter begeben. Denn gemäss § 1154 ist zur Abtretung erforderlich Uebergabe des Hypothekenbriefes und entweder Eintragung in das Grundbuch oder schriftliche Abtretungserklärung, die, wenn sie den öffentlichen Glauben des Grundbuches geniessen soll, gemäss § 1155 öffentlich beglaubigt sein muss. Der ersteren Form kann er sich überhaupt nicht bedienen, da er nicht eingetragener Gläubiger ist; schriftliche öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung kann er zwar erteilen, dieselbe ist aber für den Erwerber wertlos, da sie nicht von einem eingetragenen Gläubiger ausgeht, solches aber, um dem Erwerber den Beweis zu ersparen, dass ihm die Hypothek zusteht, nach § 1155 erforderlich ist. Der Eigentümer, welcher über die Hypothek verfügen will, muss also auch im Fall des § 1163, Absatz 2 zuerst Berichtigung des Grundbuches nachsuchen. Thut er dieses, obgleich die Forderung zur Entstehung gelangt ist, so wird der Gläubiger mit Recht den Einwand erheben, dass das Grundbuch nicht unrichtig sei, da die Hypothek in Wirklichkeit ihm zustehe, er wird vielmehr im Wege der Widerklage auf Aushändigung des Hypothekekenbriefes klagen. Es geht hieraus hervor, dass auch die Bestimmung des § 1163, Abs. 2, ihren Grund darin hat, dass eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist. Ebenso gilt das

oben für die Gesamthypothek Ausgeführte gleichermassen auch für § 1163, Absatz 2.

Möglich ist nun auch, dass die Forderung nur zum Teil nicht zur Entstehung gelangt. In diesem Fall entsteht natürlich auch nur in Höhe dieses Teiles eine Eigentümerhypothek, während in Höhe des gültigen Teiles der Forderung die Hypothek für den Gläubiger entsteht. Nach § 1176 kann die für den Eigentümer entstandene Hypothek nicht zum Nachteil der für den Gläubiger entstandenen geltend gemacht werden, d. h. sie steht dieser im Range nach. Anderer Meinung ist, soweit dem Verfasser die Litteratur bekannt ist, nur Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts, Königsberg 1899, zu § 1163 am Schluss, Seite 318, welcher diese Bestimmung dahin auffasst, dass beide Hypotheken zu gleichem Range ständen. Der Wortlaut des Gesetzes spricht aber entschieden gegen eine derartige Auslegung.

2. Entstehung der Hypothek in der Hand eines Gläubigers und späterer Uebergang auf den Eigentümer.

a. Infolge Erlöschens der Forderung.

Für die weiter zu betrachtenden Fälle, wo eine Eigentümerhypothek kraft Gesetzes aus einer Hypothek entsteht, die bereits einem andern zustand, kommt zunächst § 1163, Absatz 1, Satz 2, in Betracht, welcher besagt, dass der Eigentümer die Hypothek erwirbt, wenn die Forderung erlischt. Der Grund des Erlöschens der Forderung ist gleichgültig. Setzt man zunächst den Fall, dass der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, so kann das Erlöschen der Forderung durch Erfullung, Hingabe an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlass erfolgen. In allen diesen Fällen entsteht mit dem Erlöschen der Forderung eine Eigentümerhypothek. War die Forderung resulotiv bedingt, so entsteht ferner mit

dem Eintritt der auflösenden Bedingung eine Eigentümerhypothek. Zu beachten ist aber weiterhin, dass eine Erfüllung auch von dritter Seite ausgehen kann. Denn § 267 bestimmt, dass ohne Einwilligung des Schuldners auch ein Dritter die Leistung bewirken kann, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, und dass der Gläubiger die Leistung nur ablehnen kann, wenn der Schuldner widerspricht. Selbstverständlich ist Fälligkeit der Forderung hierbei vorausgesetzt. Es entsteht also auch in diesem Falle eine Eigentümerhypothek.

Anders gestaltet sich die Sache, wenn der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Wenn hier der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, so soll gemäss § 1143, Absatz 1, die Forderung nicht untergehen, sondern dieselbe geht, soweit Befriedigung des Gläubigers eintritt, kraft Gesetzes auf den Eigentümer über. Was unter Befriedigung zu verstehen ist, besagt § 1142, Absatz 2. Hiernach kann dieselbe auch, d. h. neben Erfüllung durch Hinterlegung und Aufrechnung erfolgen. Nach § 412 in Verbindung mit § 401 geht, soweit die Forderung auf den Eigentümer übergeht, auch die Hypothek auf denselben über. Es entsteht also keine Eigentümerhypothek, sondern eine sogenannte Hypothek des Eigentümers mit den Beschränkungen des § 1177, Absatz 2. Wenn nur teilweise Befriedigung des Gläubigers erfolgt, so geht die Forderung samt dem entsprechenden Teil der Hypothek auch nur teilweise auf den Eigentümer über. Der Rest der Hypothek verbleibt dem Gläubiger und zwar hat diese Resthypothek nach § 1143, Absatz 1, Satz 2, den Vorrang vor der Hypothek des Eigentümers. Gemäss § 267 tritt derselbe Effekt ein, wenn ein Dritter für den Eigentümer zahlt. Befriedigt dagegen der vom Eigentümer verchiedene persönliche Schuldner den Gläubiger, so erlischt die Forderung und die Hypothek geht als Eigentümerhypothek auf den Eigentümer über. Kann jedoch der persönliche Schuldner vom Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen, so geht die Hypothek nicht auf den Eigentümer über, sondern verbindet sich kraft Gesetzes mit dieser Ersatzforderung. Dieser Fall ist beispielsweise dann gegeben, wenn der Eigentümer welcher

zugleich persönlicher Schulder ist, sein Grundstück veräussert und der Erwerber die Schuld übernimmt, der Gläubiger aber die Schuldübernahme nicht genehmigt. Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten, so geht natürlich die Hypothek nur in dieser Höhe auf ihn über, im übrigen wird die Hypothek Eigentümerhypothek. Letztere steht aber der Hypothek des persönlichen Schuldners im Range nach. Denn § 1164, Absatz 1, Satz 2, bestimmt, dass der Eigentümer die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen ist, nicht zum Nachteile der Hypothek des Schuldners geltend machen kann. Setzt man den Fall, dass der persönliche Schuldner den Gläubiger nur teilweise befriedigt, so entsteht nur in dieser Höhe eine Eigentümerhypothek, im übrigen verbleibt die Hypothek dem Gläubiger. Wie bereits hervorgehoben, hat die Resthypothek des Gläubigers nach § 1176 den Vorrang. Kann weiterhin der persönliche Schuldner vom Eigentümer teilweise Ersatz verlangen, so entsteht nur in Höhe des überschiessenden Betrages eine Eigentümerhypothek, während die Hypothek in Höhe der Ersatzforderung dem persönlichen Schuldner anfällt. Da letztere nach § 1164 wiederum der Eigentümerhypothek vorgeht, so gestaltet sich das Rangverhältnis in diesem Fall so, dass der dem Gläubiger verbleibende Teil der Hypothek an erster, der dem persönlichen Schuldner zufallende an zweiter und der dem Eigentümer zufallende an dritter Stelle steht. Abweichend ist auch hier wieder Ostermeyer, a. a. O. zu § 1164, S. 319 und 320.

Dieselbe Wirkung, wie wenn der persönliche Schuldner zahlt, hat es, wenn ein dritter für ihn zahlt (§ 267).

Erwähnt seien noch die Fälle des § 774 und des § 426, wobei es gleichgültig ist, ob der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist oder nicht. Befriedigt nämlich der Bürge oder bei einem Gesamtschuldverhältnis einer der Gesamtschuldner den Gläubiger ganz oder teilweise, so geht insoweit die Forderung nicht unter, sodass eine Eigentümerhypothek zur Entstehung käme, sondern sie geht in ersterem Falle auf den Bürgen in letzterem auf den Gesamtschuldner, soweit er

von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, über. Bezüglich der Ausgleichung bestimmt § 426, Absatz 1, Satz 1, dass die Gesamtschuldner im Verhältnis zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, soweit nicht ein anderes vereinbart ist. Besteht nun für die Forderung eine Hypothek, so geht dieselbe gleichfalls nach §§ 401, 412 auf den Bürgen bezw. den Gesamtschuldner über.

Ebenso ist für die Bestimmung des § 1150 gleichgültig, ob der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist oder nicht. § 1150 schreibt durch Berufung auf § 268 vor, dass, wenn der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlangt, jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstücke zu verlieren, zur Befriedigung des Gläubigers, die auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen kann, berechtigt ist, dass auch das gleiche Recht dem Besitzer eines Grundstücks zustehen soll, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren. Die Bestimmung ist hier nur insoweit von Interesse, als sie sich auf den Pfandgläubiger bezieht und zwar kann nur ein dem Befriedigung verlangenden Gläubiger nachstehender Pfandgläubiger in Betracht kommen, denn die Rechte vorgehender Pfandgläubiger werden gemäss §§ 52, 44 des Zwangsversteigerungsgesetzes durch die Zwangsvollstreckung nicht berührt; auf sie trifft daher die Voraussetzung des § 268 nicht zu. Zu beachten ist, dass bereits dann, wenn der vorgehende Pfandgläubiger Befriedigung nur verlangt, der nachstehende zu seiner Befriedigung berechtigt ist. Beginn der Zwangsvollstreckung ist daher nicht erforderlich. Befriedigt nun der nachstehende Pfandgläubiger den vorgehenden, so geht die Forderung nicht unter, sodass eine Eigentümerhypothek entstände, sondern sie geht nach § 268, Absatz 3, auf den nachstehenden Pfandgläubiger über und mit ihr nach §§ 401, 412 die Hypothek. Bei teilweiser Befriedigung geht der dem vorgehenden Gläubiger verbleibende Teil der Hypothek im Range vor (§ 268, letzter Satz).

Bei der Maximal- oder Kautionshypothek, welche in der Weise bestellt wird, dass nur der Höchstbetrag, bis zu dem

das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen aber die Feststellung der Forderung vorbehalten wird, zeigt sich deutlich, dass jede Hypothek im Princip Eigentümerhypothek ist. Sie kann eingetragen werden, wenn überhaupt noch kein Forderungsverhältnis besteht, und ist dann zu ihrem vollem Betrage materiell Eigentümerhypothek. In dem Masse, wie der Gläubiger gegen den Eigentümer Forderungen erwirbt, mindert sie sich und wird in dieser Höhe Sicherungshypothek für den Gläubiger. Die Grenze ist also immer flüssig. Es liegt kein Grund vor, die Entstehung der Eigentümerhypothek erst in den Zeitpunkt zu verlegen, in dem die dem Gläubiger aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zustehende Forderung endgültig festgestellt wird. Auf diesem Standpunkte stehen Dernburg, Neumann, Biermann, Böhm. Ist die Grenze auch flüssig, so kann doch in jedem Augenblick die Höhe der Forderung festgesetzt werden. Praktisch wird sich die Sache allerdings so gestalten, dass, wenn der Eigentümer die ihm zustehende Eigentümerhypothek verwerten will, feststehen muss, dass aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse Forderungen nicht mehr entstehen, und dass die Höhe der dem Gläubiger zustehenden Forderung endgültig festgestellt sein muss. Deshalb aber die Entstehung der Eigentümerhypothek in diesen Zeitpunkt zu verlegen, findet keine Grundlage im Gesetz, welches bestimmt, dass eine Eigentümerhypothek entsteht, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist oder erlischt. Die Höhe der Eigentümerhypothek bewegt sich also immer zwischen Null und dem eingetragenen Höchstbetrage. Wird das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis abgebrochen und die Höhe der dem Gläubiger verbleibenden Forderung festgestellt, so ist damit auch ihre Höhe endgültig festgestellt. Da das Entstehen der Eigentümerhypothek auch hier den § 1163 zur Grundlage hat, steht sie gemäss § 1176 der dem Gläubiger zustehenden Hypothek im Range nach.

Alle bislang entwickelten Regeln gelten auch für die Gesamthypothek, soweit nicht das Gesetz selbst besondere Vorschriften trifft. Wenn die mehreren belasteten Grundstücke

demselben Eigentümer gehören, so gelten keinerlei Besonderheiten. Auch wenn die mehreren belasteten Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören, so gelten der Regel näch ebenfalls keinerlei Besonderheiten, nur an Stelle des einen Eigentümers treten alle. Deshalb bestimmt auch § 1172 als Regel, dass in den Fällen des § 1163 die Eigentümerhypothek den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zustehe. Was unter dieser Gemeinschaftlichkeit zu verstehen sei, ebenso über das Recht auf Auseinandersetzung ist bereits an früherer Stelle gesprochen.

Eine Sonderbestimmung ist in § 1173 getroffen. Erlischt die Forderung dadurch, dass der Eigentümer eines der mit einer Gesammthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger befriedigt, so soll die Hypothek nicht allen Eigentümern gemeinschaftlich, sondern nur dem zahlenden Eigentümer zukommen, aber nicht als Gesamthypothek, sondern als Einzelhypothek an seinem Grundstücke, an den übrigen Grundstücken erlischt sie. Es ist hierbei gleichgültig, ob der zahlende Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist oder nicht. Man wollte durch diese Bestimmung vermeiden, dass unter den Eigentümern ein Wettbewerb stattfinde, zuerst zu zahlen. Denn wenn der zahlende Eigentümer die Hypothek als Gesammthypothek erwerben würde, so könnte er sofort einen der andern Eigentümer in Anspruch nehmen. Dieser würde sich wieder an einem anderen erholen und so weiter, sodass der zuletzt belangte Eigentümer den ganzen Schaden zu tragen hätte. Zur Vermeidung dieses Uebelstandes hat man die Hypothek nur als Einzelhypothek an dem Grundstücke des zahlenden Eigentümers aufrecht erhalten, sie an den Grundstücken der übrigen Eigentümer aber erlöschen lassen. Die Protokolle in der angeführten Ausgabe Seite 635 heben zur Begründung hervor, wenn man von einer gesetzlichen Verteilung der Haftung Abstand nehme, so sei es im allgemeinen immer noch richtiger, den zuerst belangten Eigentümer den Schaden tragen zu lassen, als die Möglichkeit zu gewähren, den Schaden schliesslich auf den zuletzt belangten Eigentümer abzuwälzen. Damit auch nicht einer der Eigentümer in *fraudem legis* gegen Zahlung

die Hypothek als Gesammthypothek sich vom Gläubiger abtreten lasse, ist weiter bestimmt, dass es der Befriedigung des Gläubigers gleich stehe, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen werde. Dasselbe gilt, wenn sich die Forderung und Schuld in der Person eines Eigentümers vereinigen. Bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers entsteht natürlich für den befriedigenden Eigentümer die Hypothek nur in dieser Höhe. Nach § 1176 hat die dem Gläubiger verbleibende Hypothek den Vorrang.

Um nun aber den zahlenden Eigentümer nicht ungebührlich zu belasten, macht § 1173, Absatz 2, eine Ausnahme, indem bestimmt wird, dass, wenn der zahlende Eigentümer von dem Eigentümer eines der mitbelasteten Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann, die Hypothek in Höhe dieses Ersatzanspruchs nicht untergeht. Sie verbindet sich vielmehr kraft Gesetzes mit der Ersatzforderung des Eigentümers, ist jedoch nicht Einzelhypothek, sondern bleibt mit der Hypothek, die der Eigentümer an seinem Grundstück durch die Befriedigung des Gläubigers erwarb, Gesamthypothek. Ob der Eigentümer Ersatz verlangen kann, richtet sich danach, ob unter den den Eigentümern ein derartiges obligatorisches Rechtsverhältnis bestand. Haften beispielsweise für eine Forderung von 100 vier Grundstücke *a, b, c, d* zur Gesamthaft, und haben sich die Eigentümer dieser Grundstücke unter sich verpflichtet, im Fall, dass einer von ihnen in Anspruch genommen würde, je 25 zu tragen, so entstehen, wenn der Eigentümer von *a* den Gläubiger befriedigt, an diesem Grundstücke für ihn vier Hypotheken von je 25, von denen eine, die dem von ihm selbst zu tragenden Anteile entspricht, Einzelhypothek ist, während die drei anderen Gesamthypotheken auf *a* und *b*, bezw. *a* und *c*, bezw. *a* und *d* sind. Da über das Rangverhältnis nichts bestimmt ist, stehen die sämtlichen Hypotheken zu gleichem Rang. Selbstverständlich kann der Eigentümer von *a*, da er alleiniger Berechtigter ist, ein Rangverhältnis herstellen. Es bedarf dazu nur einer Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung ins Grundbuch.

Bezüglich der Natur der dem Eigentümer im Fall des § 1173 zufallenden Hypothek dürfte noch eine Ansicht abzulehnen sei, die sich beispielsweise bei Ostermeyer a. a. O., Seite 337 findet, dass dieselbe nämlich bald Eigentümerhypothek, bald Hypothek des Eigentümers sei, je nachdem der zahlende Eigentümer persönlicher Schuldner gewesen sei oder nicht. Dieselbe ist vielmehr immer Eigentümerhypothek, denn der Regel nach geht eine Forderung durch Befriedigung des Gläubigers unter. Die Vorschrift des § 1143, Absatz 1, dass trotz Befriedigung des Gläubigers die Forderung ausnahmsweise nicht untergehen, sondern auf den Eigentümer übergehen solle, ist nach § 1143, Absatz 2, auf die Gesamthypothek nicht ausgedehnt.

Eine zweite Ausnahme von der Regel des § 1172, dass bei Erlöschen der Forderung die Gesamthypothek den Eigentümern gemeinschaftlich zusteht, macht § 1174 zu Gunsten des zahlenden persönlichen Schuldners, welcher nicht Eigentümer ist. Kann derselbe nämlich von einem oder mehreren der Eigentümer der verhafteten Grundstücke oder deren Rechtsvorgängern Ersatz verlangen, so bleibt die Hypothek an den Grundstücken dieser Eigentümer zu Gunsten des persönlichen Schuldners bestehen, an den übrigen Grundstücken erlischt sie. Sie verbindet sich kraft Gesetzes mit der Ersatzforderung des persönlichen Schuldners und zwar entweder als Einzel- oder als Gesamthypothek, je nachdem nur einer oder mehrere der Eigentümer ersatzpflichtig sind. Kann der persönliche Schuldner nur teilweise Ersatz verlangen, so gebührt ihm die Hypothek auch nur zu diesem Teil. Der Rest fällt den Eigentümern gemeinschaftlich zu und zwar analog der Bestimmung des § 1164, Absatz 1, Satz 2, mit dem Range hinter der dem persönlichen Schuldner zustehenden Hypothek. Diese gemeinschaftliche Resthypothek können die Eigentümer natürlich auch nach § 1172, Absatz 2, teilen. Die Bestimmung des § 1174, Absatz 2, ist nicht verständlich. Eine Verteilung der den Eigentümern gemeinschaftlich zukommenden Resthypothek lässt sich in zweierlei Weise bewerkstelligen. Entweder wird der Rest, welcher den Eigentümern gemeinschaft-

lich zusteht, der Verteilung zu Grunde gelegt. Dann kann aber von einer Anrechnung des dem persönlichen Schuldner angefallenen Teilbetrages der Hypothek keine Rede sein. Denn da die Teilhypothek des persönlichen Schuldners der gemeinschaftlichen Eigentümerhypothek im Range vorgeht und der Wert der Grundstücke unter Abzug der der zu verteilenden Hypothek im Range vorgehenden Belastungen berechnet wird und nach diesem Verhältnis die Verteilung vorgenommen wird, ist sie schon bei der Berechnung des Teilungsquotienten berücksichtigt. Oder aber die Eigentümer nehmen die Verteilung ohne Rücksicht auf den dem Schuldner angefallenen Teil der Hypothek vor, d. h. sie verteilen die ganze Hypothek nach dem Werte ihrer Grundstücke, dann muss natürlich jeder Eigentümer von seinem so ermittelten Anteile den Betrag der dem persönlichen Schuldner angefallenen Teilhypothek abziehen, d. h. er muss sich diesen Betrag auf den ihm nach § 1172 gebührenden Teil der Gesamthypothek anrechnen lassen. Absatz 2 des § 1174 spricht aber davon, dass er diesen Betrag auf den ihm nach § 1172 gebührenden Teil des übrigbleibenden Betrages der Gesammthypothek, d. h. des nach Abzug der dem persönlichen Schuldner zugefallenen Hypothek übrig bleibenden Betrages derselben sich müsse anrechnen lassen. Hier kann von einer Anrechnung keine Rede mehr sein, denn die dem persönlichen Schuldner angefallene Hypothek ist als vorgehende Hypothek ja bereits bei Feststellung des Wertes der Grundstücke berücksichtigt. Das Resultat ist bei beiden Methoden selbstverständlich dasselbe. Denn gesetzt den Fall, dass, wenn man den vollen Betrag der Gesammthypothek der Verteilung zu Grunde legt, ein Teil so gering ausfiele, dass nach Abzug des dem persönlichen Schuldner angefallenen Teiles der Hypothek nichts mehr übrig bliebe, m. a. W., dass der betreffende Eigentümer von der Hypothek überhaupt nichts abbekäme, so muss sich dasselbe Resultat ergeben, wenn man den Restbetrag der Hypothek der Verteilung zu Grunde legt. Hier wird der dem persönlichen Schuldner zufallende Teil der Hypothek als vorgehende Hypothek bereits bei der Feststellung des Wertes

des Grundstücks abgezogen. Unter der gleichen Voraussetzung wird sich hier als Wert des Grundstücks ein Negativum ergeben, sodass der betreffende Eigentümer ebenfalls an der Hypothek keinen Anteil hat.

Bemerkt mag noch werden, dass, wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger nur teilweise befriedigt, nach § 1176 der dem Gläubiger verbleibende Teil der Hypothek den Vorrang hat. Es können also auch hier, wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger nur teilweise befriedigt und wiederum nur teilweise Ersatz verlangen kann, aus der Gesammthypothek drei Hypotheken mit dem Range, dass die des Gläubigers an erster, die des persönlichen Schuldners an zweiter, die der Gemeinschaft der Eigentümer zustehende Hypothek an dritter Stelle steht, entstehen. Steht dem zahlenden persönlichen Schuldner nur eine teilweise Ersatzforderung an einen Eigentümer zu, so ist die Hypothek des persönlichen Schuldners Einzelhypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers, an den übrigen Grundstücken erlischt sie. Desgleichen entsteht in diesem Falle keine Gemeinschaft der Eigentümer, sondern eine Eigentümereinzelhypothek für den nur teilweise ersatzpflichtigen Eigentümer.

b. Infolge Verzichtes des Gläubigers auf die Hypothek.

Ein weiterer Entstehungsgrund für die Eigentümerhypothek ist der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek. In § 1168 ist bestimmt, dass, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, dieselbe vom Eigentümer erworben wird. Der Verzicht ist dem Eigentümer oder dem Grundbuchamt gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung ins Grundbuch. Mit der Eintragung geht die Hypothek kraft Gesetzes auf den Eigentümer über. Der Gläubiger kann zur Abgabe der Verzichtserklärung gezwungen werden, wenn dem Eigentümer eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird (§ 1169). Der Verzicht auf die Hypothek hat auf die Forderung keinerlei Einfluss, die

Hypothek wird durch den Verzicht vollständig von der Forderung losgelöst, beide haben von nun an ihre eigenen Schicksale. Liegt nur ein teilweiser Verzicht vor, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek auch nur teilweise, und zwar geht nach § 1176 der dem Gläubiger verbleibende Teil im Range vor. Berichtigung des Grundbuchs kann der Eigentümer nach §§ 894 bis 899 fordern. War die Hypothek Briefhypothek, so hat der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber ausserdem dieselben Rechte, wie wenn er ihn teilweise befriedigt hätte (§ 1168, Absatz 3), d. h. der Gläubiger muss auf Verlangen den teilweisen Verzicht auf dem Hypothekenbrief bemerken und je nach Wahl des Eigentümers den Brief dem Grundbuchamt zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuches oder der Löschung oder der zuständigen Behörde oder dem zuständigen Notar zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefes vorlegen.

Bei einer Gesamthypothek tritt an die Stelle des Eigentümers die Gesamtheit der Eigentümer. Dieselben können auch hier gemäss § 1172, Absatz 2, die Gesamthypothek unter sich verteilen. Eine Ausnahme gilt, wenn der Gläubiger einer Gesamthypothek nicht auf die Gesamthypothek als solche, sondern nur auf die Hypothek an einem oder einzelnen der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke verzichtet. In diesem Falle erlischt die Hypothek an diesem Grundstücke. Der Gläubiger kann also, wie er Befriedigung aus nur einem Grundstück verlangen kann, auch durch Verzicht auf die Hypothek hinsichtlich der übrigen Grundstücke die Hypothek auf ein Grundstuck konzentrieren. In diesem Falle wird sie natürlich zur Einzelhypothek.

Kraft Gesetzes treten nach § 418, Absatz 1, die Folgen des Verzichts ein, wenn bei der Schuldübernahme der für die Schuld mit seinem Grundstück haftende Eigentümer nicht in die Schuldübernahme einwilligt. Es soll in diesem Falle so angesehen werden, als ob der Gläubiger damit auf die Hypothek verzichtet habe.

Der Ausschluss des unbekannten Gläubigers mit der Hypothek im Wege des Aufgebotsverfahrens nach §§ 1170, 1171

ist als neuer Entstehungsgrund für eine Eigentümerhypothek nicht anzusehen. Denn der Ausschluss nach § 1170 wird so behandelt, als ob der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet hätte, der Ausschluss nach § 1171 so angesehen, als ob der Gläubiger befriedigt wäre. Es gelten also hier die Regeln, welche für den Fall des Verzichtes, bezw. für den Fall der Befriedigung des Gläubigers entwickelt sind. Auch bezüglich der Gesamthypothek bestimmt § 1175. Absatz 2, für § 1170 ausdrücklich, dass die Regeln des Verzichts Anwendung finden sollen.

Der Ausschluss des § 1171 hätte daher oben im Anschluss an die für das Erlöschen der Forderung aufgestellten Regeln behandelt werden müssen, andererseits spricht aber für eine gemeinschaftliche Behandlung die gemeinsame Grundlage, Unbekanntheit des Gläubigers. Das Verfahren ist in §§ 980 bis 987 der Civilprozessordnung geregelt.

Für die Erlassung des Ausschlussurteils nach § 1170 ist materiell erforderlich, dass seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung zehn Jahre verflossen sind, und dass das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 208 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. Besteht für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit, so beginnt die Frist nicht vor Ablauf des Zahlungstages.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so kann der unbekannte Gläubiger nach § 1171 ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt. Zinsen sind ausserdem nur zu hinterlegen, wenn der Zinssatz ins Grundbuch eingetragen ist und auch dann nicht für eine frühere Zeit als das vierte Jahr vor der Erlassung des Ausschlussurteils. Mit der Erlassung des Ausschlussurteils gilt der Gläubiger als befriedigt, sofern nicht nach den Regeln über die Hinterlegung die Befriedigung schon früher eingetreten ist, d. h. gemäss §§ 378, 376 Zff. 2, 3, sofern nicht der Gläubiger vorher der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt oder sofern nicht vorher der Hinterlegungstelle ein

zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtmässig erklärt. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, so treten mit dem Erlass des Ausschlussurteils sämmtliche Wirkungen ein, welche oben für den Fall entwickelt sind, dass der Eigentümer den Gläubiger befriedigt. Trotz seines Verzichts auf das Recht zur Rücknahme ist der Hinterleger nach Ablauf von 30 Jahren nach Erlass des Ausschlussurteils zur Rücknahme des hinterlegten Betrages berechtigt, das Recht des Gläubigers darauf erlischt mit diesem Zeitpunkt.

c. Die Fälle der §§ 868, 932 der Civilprozessordnung.

Ein dritter Fall der Eigentümerhypotkek ist in der Civilprozessordnung geregelt.

Wie bereits erwähnt, kann die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen neben Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung auch dadurch erfolgen, dass eine Sicherungshypothek für die Forderung ins Grundbuch eingetragen wird. Wann eine Zwangsvollstreckung stattfinden kann, bestimmen die §§ 704 und 794 der Civilprozessordnung (C P-O). Demnach muss die Forderung in einem rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile oder in einer der in § 794 CP-O angeführten Urkunden mit Ausnahme des Vollstreckungsbefehls, den § 866, Absatz 3, Satz 1 C P-O, als Grundlage für die Eintragung einer Zwangshypothek ausschliesst, festgestellt sein. Nach §§ 724, 795 C P-O bedarf die Ausfertigung des Urteils oder der andern in § 794 C P-O aufgeführten Urkunde noch der Vollstreckungsklausel. Wenn sodann noch die Voraussetzungen des § 750 C P-O erfüllt sind, erfolgt die Eintragung der Hypothek auf Antrag des Gläubigers. Mit der Eintragung entsteht die Hypothek (§ 867 C P-O), dieselbe ist kraft Gesetzes Sicherungshypothek (§ 866, Absatz 1, C P-O).

Ob es überhaupt zweckmässig war, die Zwangshypothek einzuführen, kann hier nicht untersucht werden. Die Gründe, die zu ihrer Einführung geführt und die Bedenken, die gegen

sie obgewaltet haben, sind in den Protokollen in der angeführten Ausgabe Seite 694 ff. enthalten. Dagegen kann der § 868 C P-O hier einer Kritik unterzogen werden. Derselbe bestimmt, dass, wenn durch eine vollstreckbare Entscheidung die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet wird, der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek erwirbt. Das Gleiche soll gelten, wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmassregeln angeordnet wird, oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt.

Wie aus den vorhergehenden Ausführungen hervorgeht, ist neben dem Fall des Verzichtes des Gläubigers auf die Hypothek als Hauptfall für die Entstehung einer Eigentümerhypothek der Fall anzusehen, dass eine an sich rechtsgültige Eintragung ins Grundbuch erfolgt ist, aber die zu Grunde liegende Forderung nicht besteht. Weiter hat der Gesetzgeber nicht gehen wollen, er hat namentlich nicht auch dann eine Eigentümerhypothek schaffen wollen, wenn der dingliche Begründungsakt nicht rechtsgültig war, die Eintragung also ungültig war. In den Protokollen, S. 604, ist ausgesprochen, dass eine derartige Bestimmung auf einer Ueberspannung des Prinzipes der Eigentümerhypothek beruhe. Die Hypothek wird nun aber nach § 873 des bürgerlichen Gesetzbuches rechtsgültig begründet durch Einigung und Eintragung ins Grundbuch. Ist beispielweise die Einigung nichtig oder anfechtbar und angefochten, so ist trotz Eintragung keine gültige Hypothek entstanden. Wird die Ungültigkeit vom Eigentümer geltend gemacht, so entsteht nach dem Standpunkte des Gesetzgebers nicht etwa für ihn eine Eigentümerhypothek, sondern es hat Löschung zu erfolgen. Nicht anders liegt die Sache bei der Zwangshypothek. Auch hier wird zur rechtsgültigen Enstehung der Hypothek Eintragung erfordert, an die Stelle der Einigung treten jedoch die oben hervorgehobenen Erfordernisse, unter denen eine Zwangsvollstreckung nur beginnen kann. Es muss

also ein rechtskräftiger oder für vorläufig vollstreckbar erklärter mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel vorliegen; ausserdem müssen die Voraussetzungen des § 750, C P O erfüllt sein. Fehlt es an irgend einem dieser zur Entstehung der Zwangshypothek nötigen Faktoren, so ist eben trotz der Eintragung eine rechtsgültige Hypothek nicht entstanden, es muss also, wenn die Ungültigkeit geltend gemacht wird, dem angenommenen Prinzip zufolge Löschung erfolgen. § 868, C P-O bestimmt aber gerade, dass in diesem Falle eine Eigentümerhypothek entstehe. Möglich wäre ja, dass, wenn die zu vollstreckende Entscheidung durch eine andere vollstreckbare Entscheidung aufgehoben wird, damit zugleich festgestellt wäre, dass die Forderung nicht bestehe und auf dieser Grundlage eine Eigentümerhypothek zur Entstehung käme. Aber auch hier wäre das aufgestellte Prinzip durchbrochen. Es bleibt daher nur übrig festzustellen, dass in § 868 der Civilprozessordnung das im Bürgerlichen Gesetzbuch für die Eigentümerhypothek beobachtete Prinzip verlassen ist.

Die Vorschriften über die Gesamthypothek finden auf die Zwangshypothek keine Anwendung, denn nach § 867, Abs. 2, C P-O können Zwangshypotheken nur als Einzelhypotheken begründet werden.

Nach § 932, C P-O erfolgt die Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück oder in eine Berechtigung, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung; der nach § 923 C P-O festgestellte Geldbetrag, d. h. der Geldbetrag, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrage auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird, ist als Höchstbetrag zu bezeichnen, für welchen das Grundstück oder die Berechtigung haftet. Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 867, 868 entprechende Anwendung.

Das für die Zwangshypothek Gesagte, gilt daher gleichermassen auch für die Arresthypothek.

C. Schluss:
Einige in der Litteratur über die Eigentümerhypothek vertretene Ansichten.

Die in Vorstehendem dargelegte Auffassung der Eigentümerhypothek hat der Verfasser in der Litteratur wenig vertreten gefunden. Im Prinzip auf demselben Standpunkte wie der Verfasser steht Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Mannheim 1895. Leider ist es dem Verfasser nicht möglich gewesen, auf diese interessante Schrift näher einzugehen, da ihm dieselbe erst nach ziemlicher Fertigstellung der vorliegenden Arbeit zugänglich wurde. Ihm folgt Boehm, das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, Hannover 1898, zu § 1163, V.

Demnach bedeutet die Eigentümerhypothek den Eintritt der Verpflichtung ohne gleichzeitigen Eintritt der Berechtigung die Bindung der Sache durch den Eintrag ohne Verbindung mit einer begünstigten Person. Das Rechtsobjekt ist vorhanden, das Grundstück ist wirksam in Höhe der eingetragenen Summe belastet. Tritt die Zwangsvollstreckung in das Grundstück ein, so wird bei Feststellung des geringsten Gebotes und bei Verteilung des Erlöses die Eigentümerhypothek berücksichtigt. (Zwangsversteigerungsgesetz §§ 45, 114). Zwar erhält der Eigentümer den darauf entfallenden Betrag nicht als Befriedigung, weil ihm nicht etwas geleistet wird, was bisher ausserhalb seines Vermögens war, sondern weil lediglich ein Bestandteil seines Vermögens in Geld umgesetzt ist. Immerhin äussert sich die dingliche Belastung dadurch wirksam, dass sie die Rechte nachstehender Gläubiger ausschliesst oder einschränkt und dass sie dem Eigentümer die Befugnis giebt, die vorhandene Belastung mit einer persönlichen Forderung zu verbinden (§§ 1180, 1198). Trotz Vorhandenseins dieser passiven

Seite fehlt aber das Rechtssubjekt. Der Eigentümer ist nicht befugt, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu seiner Befriedigung zu betreiben (§§ 1177, 1197). Abgesehen davon, dass hierzu ein wirtschaftliches Bedürfnis nicht vorliegt, erklärt sich die Vorschrift eben aus dem Fehlen eines Rechtssubjekts, aus dem Mangel der aktiven Seite. Bei der Briefhypothek (§ 1163, Abs. 2) zeigt sich diese Teilung deutlich. Die Eintragung der Hypothek erzeugt die dingliche Belastung, begründet die passive Seite, die Aushändigung des Briefes bildet den Uebergung zum Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger, sie bewirkt das Hinzutreten des Rechtssubjekts und schafft so die Möglichkeit der Ausübung der Hypothek. Die Eigentümerhypothek ist also nur ein Teil der Hypothek, eine unvollkommene Hypothek, zu welcher das Rechtssubjekt, welches wegen Nichtexistenz der Forderung von vorn herein nicht vorhanden war oder aus irgend einem Grunde später in Wegfall gekommen ist, hinzutreten muss. Durch diesen Zutritt wird die Hypothek vollendet. Ueberall, wo eine feste Gebundenheit des Grundstücks durch die Eintragung einer zur Befriedigung wegen einer Forderung dienenden Summe herbeigeführt, ein bestimmter Gläubiger aber nicht vorhanden ist, gehört die Hypothek dem Eigentümer.

Die Ansicht, dass die Eigentümerhypothek die Grundlage des gesammten Hypothekenrechts bilde, scheint auch bei Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts, Königsberg 1899, S. 317, 257, vertreten zu sein, indem er den in den Protokollen ausgesprochenen Satz, wenn eine Hypothek begründet werde, so liege darin zugleich die Bestellung einer Eigentümerhypothek, als das im Bürgerlichen Gesetzbuche hinsichtlich der Hypothek aufgestellte Prinzip bezeichnet.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, führt bei der Besprechung der dinglichen *confusio* des § 889, B G B in § 9, S. 37 aus, dass jede Hypothek an einem Grundstück ihren von Anfang an festbestimmten Rang habe. Werde eine vorangehende Hypothek getilgt, so falle sie nicht den nachstehenden Gläubigern, sondern dem Eigentümer zu. Damit er in der Lage sei, sowohl über die

freigewordene Stelle weiter zu verfügen, als auch die nachstehenden Pfandgläubiger von dem auf die erledigte Hypothek fallenden Betrage abzuwehren, werde kraft Gesetzes der Eigentümer als Hypothekengläubiger an der eigenen Sache anerkannt. § 116, S. 456 a. a. O. ist weiter ausgeführt, dass dies Recht an der eigenen Sache dem Eigentümer den Wertbetrag, der zumal im Falle der Zwangsversteigerung dieser bestimmten Hypothek nach ihrem Range und vorzugsweise vor den nachfolgenden Belastungen zukomme, sichere. Dem Eigentümer werden damit ein über den Inhalt des Eigentumsrechtes hinausgehender Rechtsvorteil geboten. Die Hypothek gehöre zu seinem Vermögen, seine Gläubiger könnten die Eigentümerhypothek als Befriedigungsobjekt ergreifen, sie bilde einen Bestandteil seiner Konkursmasse. Eine Identifizierung der Eigentümerhypothek mit der Grundschuld tritt nach ihm nicht ein, § 116, S. 458 spricht er aus, dass sich die Eigentümerhypothek nur der Eigentümergrundschuld annähere. Die dem Bürgerlichen Gesetzbuche untergelegte theoretische Auffassung gestattete eine volle Ausgleichung nicht; von der abstrakten jeder Bezugnahme auf eine Forderung entbehrenden Grundschuld hätte die Hypothek immerhin geschieden bleiben sollen. Hierzu habe es der Betonung ihrer Abhängigkeit von dem Schuldverhältnis, die allerdings, nachdem die Bestimmungen der §§ 1163, 1168, 1169 aufgenommen seien, nur durch sehr subtile Bestimmungen hätte aufrecht erhalten werden können, bedurft. Die Eigentümerhypothek beruhe auf der Vereinigung der dinglichen Rechte: des Eigentums und des begrenzten Hypothekenrechts. Das Forderungsrecht scheide hierbei völlig aus, es sei entweder garnicht entstanden oder bereits erloschen. Danach könne hier auch der fiktive Gedanken, dass die Hypothek zur Befriedigung wegen einer Forderung diene, nicht mehr Geltung beanspruchen. Die Eigentümerhypothek sei eine abstrakte Belastung, das dingliche Recht bestehe allein fort. Das Bürgerliche Gesetzbuch gebe dieser Thatsache durch den Satz Ausdruck: die Eigentümerhypothek verwandele sich kraft Gesetzes in eine Grundschuld. Das bedeute nicht, dass eine materielle Umänderung des Rechts selbst stattfinde. Es

werde vielmehr das Ergebnis, dass eine Hypothek hier ohne Schuldverhältnis bestehe, anerkannt, ihm aber eine spezifische rechtliche Deutung verliehen. Diese weise darauf hin, dass der Satz: »ohne Forderung keine Hypothek« theoretisch habe festgehalten werden sollen, um seinetwillen werde die forderungslose Hypothek zur Grundschuld gestempelt. Sobald indessen die dingliche Vereinigung behoben werde, könne der Charakter der Hypothek wieder zur Geltung gelangen.

Dernburg dagegen erklärt das Grundstückspfandrecht als ein Rechtsinstitut mit verschiedenen Unterarten. Die Verschiedenheit von Grundschuld und Hypothek liege nur im Verhältnis zu einer persönlichen Forderung, in ihrem Grundwesen seien dieselben gleich. (Dernburg, das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, Band III, Halle 1898, § 208, S. 576). A. a. O., S. 577 fährt er fort, gemeinsam sei sämtlichen Grundstückspfandrechten, dass ihnen eine Pfandschuld zu Grunde liege, wenn sie sich auch nicht sämtlich an eine persönliche Forderung anlehnten. Er führt dann aus: »Es ist zu unterscheiden zwischen Schuld und Haftung, Schuld ist Leistensollen; Vertragsschuld insbesondere ist das auf die Leistung des Vertragsgegenstandes gerichtete rechtliche Sollen. Von dem Begriff der Schuld ist zu unterscheiden derjenige der Haftung. Haften heisst einstehen für den Fall, dass eine bestimmte Schuld nicht erfüllt wird. Diese Haftung kann einer Person obliegen, dann ist sie Schuldner und es entsteht eine persönliche Obligation im römischen Sinne, es kann ferner bloss eine Sache für die Schuld haften, die Haftung kann endlich sowohl die Person als die Sache ergreifen.

Das Grundstückspfandrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ist Sachenhaftung. Es ist in der Grundschuld blosse Sachenhaftung, in der Sicherungshypothek notwendig persönliche und Sachenhaftung, in der Verkehrshypothek findet sich diese Verbindung in Wirklichkeit nicht immer, aber sie wird vom Bürgerlichen Gesetzbuch fingiert, wo sie fehlt. Ueberall liegt eine Pfandschuld in dem hier entwickelten Sinne zu Grunde.

Unter diesem Pfandrechtsbegriff bringt Dernburg auch die Eigentümergrundschuld und die Eigentümerhypothek.

»Die dingliche Belastung«, führt er aus, »aus dem Grundstücke eine Geldsumme zu zahlen, die Haftung für ein Leistensollen, ist auch hier begründet. Nur ist das Leistensollen ein eventuelles für den Fall, dass die Eigentümergrundschuld oder die Eigentümerhypothek künftig in eine andere Hand gerät als das Eigentum, oder auch dass mittelst der Zwangszollstreckung Erträgnisse auf die Post entfallen, welche dem Eigentümer gebühren. Eine gegenwärtige dingliche Belastung für ein eventuelles Leistensollen ist aber nichts Befremdendes. Sie finden sich z. B. auch bei einer Hypothek für eine künftige Forderung. Die Einheit des Pfandrechtsbegriffs wird also durch die Eigentümergrundschuld nicht in Frage gestellt.

Gegen Dernburg wendet sich in gewisser Weise von Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, Jena 1899, S. 144. Er kommt S. 146 zu dem Schluss, dass im Inhalte des dem Eigentümer zustehenden Rechtes weder eine Schuld noch eine Haftung liege, sondern lediglich ein Dispositionsvorbehalt an einer bestimmten Wertquote.

Auch Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch zu § 1177, I, 3, glaubt die Konstruktion der Eigentümerhypothek auf die sogenannte Wertstheorie aufrichten zu müssen.

»Die Eigentümerhypothek«, führt er aus, »ist nichts anderes als die aus dem Eigentumsrecht fliessende Befugnis des Eigentümers, über den zu Gunsten eines Anderen ausgeschiedenen und kraft Gesetzes ihm wieder anheimgefallenen Wertsteil seines Grundstücks zu verfügen.«

Mit der Wertstheorie, die demnach die Eigentümerhypothek als Eigentum ansieht, ist aber die Bestimmung schwer vereinbar, dass bei einem Verkaufe des Grundstücks die Eigentümerhypothek bei dem alten Eigentümer zurückbleibt, nicht vielmehr, da sie doch ein Teil des Eigentumsrechtes ist, mit der Uebertragung desselben auf den Erwerber übereght.

Viele Kommentare und Lehrbücher, so Biermann, Haidlen, Kuhlenbeck, Neumann, Scherer, Cosack, Ennecerus, Matthiass beschränken sich auf eine Darstellung der Bestimmungen über die Eigentümerhypothek, ohne auf ihre juristische Konstruktion näher einzugehen. Für die Praxis

dürfte eine Konstruktion der Eigentümerhypothek auch wohl zu entbehren sein, da die klaren Bestimmungen über die Eigentümerhypothek wohl kaum missverstanden werden können und die *ratio legis* ohne weiteres klar zu Tage tritt.

Was nun die einzelnen über die Eigentümerhypothek aufgestellten Theorien anlangt, so hat jede ihre Licht- und Schattenseiten, eine voll befriedigende dürfte auch bei der anomalen Natur der Bestimmungen über das Eigentümerpfandrecht kaum gefunden werden, wenn man an dem überlieferten Satze, dass das Pfandrecht ein akzessorisches Recht sei, festhalten will. Denn dann wird man stets in Verlegenheit geraten, wie sich das Dogma von der akzessorischen Natur der Hypothek mit dem der Selbständigkeit, auf das jedenfalls die Mehrzahl und die wichtigeren Bestimmungen des Hypothekenrechts hinweisen, vereinigen soll. Wenn man dagegen, wie der Verfasser es gethan, mit jenem Satze bricht und zum Ausgangspunkte des gesammten Hypothekenrechtes das Eigentümerpfandrecht nimmt, kommt man zu einem einheitlichen Aufbau des Hypothekenrechts. Die Bestimmungen, welche Reminiszenzen an die akzessorische Natur der Hypothek zu sein scheinen, lassen sich, wie gezeigt, in dieses System unschwer einflechten.

Verfasser ist deshalb zu dem Schluss gekommen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch die gesammte historische Entwicklung der Hypothek bei Seite schiebt und auf der Grundlage des Eigentümerpfandrechts ein neues selbständiges Liegenschaftsrecht aufgebaut hat.